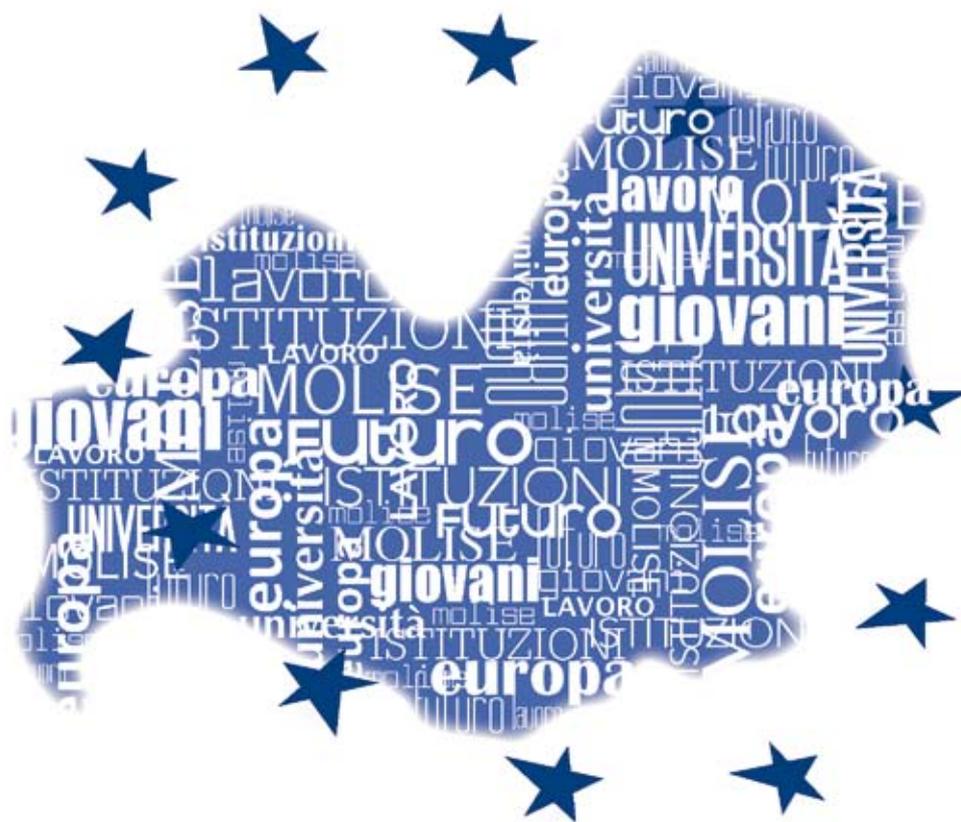


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE



INAUGURAZIONE
ANNO ACCADEMICO 2013-2014

2 dicembre 2013



Prolusione

Pubblico e privato fra efficienza e verità

MASSIMO FABIANI

“In una società giusta le diseguaglianze sono a favore degli svantaggiati”

John Rawls

SOMMARIO: 1. Preambolo. – 2. Crisi economica globale ed effetti sulla crisi delle imprese. – 3. Il dato contingente: le crisi conclamate. – 4. La crisi dell'impresa e la sua plurioffensività. – 5. Autonomia delle parti ed eteronomia dei controlli. – 6. Gli interessi pubblici e la disintermediazione giudiziaria. – 7. Interessi, conflitti e conflitti di interesse. – 8. Le procedure amministrative. – 9. La gestione pubblico/politica delle crisi delle imprese. – 10. Politica, territorio e regolazione della crisi. – 11. “Società pubbliche” in crisi. – 12. Fisiologia dei rapporti di impresa e regolazione del mercato. – 13. Pubblico e privato nel processo. – 14. Vocazione liberale, tutela giurisdizionale e principio dispositivo. – 15. Neutralità del giudice e giusto processo. – 16. Processo giusto e pervasività del giudice. – 17. Giustizia nel processo e verità. – 18. Poteri del giudice e asimmetrie fra le parti.

1. Aforismi e frasi celebri raramente destano la mia attenzione; così, però, non è accaduto per le parole di John Rawls che mi appaiono come scolpite nella pietra. Ebbene proprio queste parole vogliono rappresentare un orizzonte di riferimento per valutare e soppesare come potrebbe essere regolato un equilibrato rapporto fra pubblico e privato in relazione ad alcuni settori chiave di un qualsiasi Ordinamento statale.

In uno Stato che possa essere (per convenzione) definito democratico - per tradizione culturale o talora per contingenza politica - si assiste sempre al dialogo fra quanti ritengono che lo Stato debba costituire il polo di attrazione per la gestione di determinati servizi ed anche debba presentarsi come regolatore non neutrale dell'economia e quanti, invece, reputano che lo spazio dello Stato vada visto in misura residuale, soccorrendo solo là dove il privato non è adeguato o non offre sufficienti garanzie.

Il pendolo pubblico-privato si incunea, quindi, in tante aree, in tante discipline e in tanti settori, uno dei quali è certamente l'Istruzione e quella universitaria in particolare per le “eccellenze” che vengono messe in campo. Talora il pendolo può anche risultare il frutto di situazioni sociali contingenti ma sempre connota un indirizzo. La vastità del tema viene, qui, assai ridimensionata dal prisma visivo della legge e, in particolare, di alcuni soltanto dei campi in cui si diffonde la scienza del diritto.

Il perimetro dell'intervento è, dunque, segnato da alcune considerazioni sulla gestione delle crisi delle imprese vista la particolare attualità e rilevanza del fenomeno che non è più di nicchia ma è divenuto ormai di comune condivisione, talora persino mediatica. Crisi delle imprese che non sempre significa imprese in dissesto ma anche imprese che si trovano in crisi di gestione per non essere in grado di governare altre emergenze, come quella sociale o quella ambientale.

Ma, sempre per assecondare la rilevanza del fenomeno e l'attualità del tema, il rapporto pubblico-privato, per vero da una angolatura assai peculiare, sarà analizzato anche con la lente del processo civile. Il processo civile non possiede la forza mediatica del processo penale; assai raramente conquista uno spazio sulle prime pagine dei giornali e tuttavia è ciò che interessa, molto più da vicino, tutta la comunità dei consociati, posto che nella vita di ognuno – in una società in cui le risorse disponibili sono relative e i bisogni sono sempre superiori – è del tutto normale intrecciare una lite con qualcun altro senza che questo suoni come un disvalore.



2. A prescindere dalla visione politica che ciascuno possa avere sulle ragioni effettive di ciò che sta accadendo nel mondo occidentale e nei Paesi storici dell'Unione Europea, è difficile negare, salvi futuri approcci revisionistici, che da almeno sei anni ci si trovi al cospetto di una crisi economica globale (sebbene non universale) di enorme gravità e pervasività. Che le ragioni della crisi siano finanziarie¹, industriali, speculative o altro, ai fini che qui interessano poco rileva. Infatti, se è pur vero che esistono delle significative e virtuose eccezioni, gli indici statistici da un lato e le percezioni del comune cittadino appaiono significativamente convergenti.

Il Paese produce di meno, l'occupazione diminuisce, il reddito si comprime. La crisi macroeconomica ha prodotto crisi microeconomiche in una molteplicità di settori.

Orbene, che lo Stato-apparato cerchi di contrastare la crisi, sia quella macro che quella microeconomica, con misure di svariato tenore è un fatto normale anche nei Paesi più liberali e tradizionalmente più lontani dall'idea dello Stato sociale e dello Stato-gestore dell'economia².

Il tema che si vuole qui tracciare è, però, un altro. Il pubblico, nelle sembianze dello Stato-apparato e dello Stato-giudice, deve occuparsi di gestire le crisi delle imprese con interventi mirati sulla singola entità? È sufficiente che intervenga con misure di cornice o è giusto che partecipi direttamente al governo della crisi?

A questo interrogativo sono dedicati i §§ seguenti, preceduti, invero, da una rappresentazione statistica dei dati che riguardano le crisi conclamate.

3. Negli ultimi mesi si è assistito su diversi organi di informazione, anche generalista, ad un serrato *battage* contro alcune delle nuove regole (tracciate fra il 2005 e il 2012) di governo delle crisi.

Questa campagna si è formata sull'allarme rappresentato da impietosi dati statistici che sono stati raccolti.

Qui possono essere esposti quelli di maggiore impatto e più emblematici.

Nel primo trimestre 2013 in Italia i *crack* delle imprese hanno toccato un nuovo primato a 3.500 procedure avviate, +12% rispetto allo stesso periodo del 2012³.

Come si può vedere se vi sono alcuni settori che più di altri sono avvinti dalla crisi, le situazioni di *default* colpiscono in misura indifferenziata grandi e piccole imprese, distretti industriali su tutte le latitudini e riferiti ai servizi e all'industria.

4. Il fenomeno è così diffuso che, scelte tecniche a parte, la discussione che attiene al modo in cui pubblico e privato incidono sulla gestione della crisi dell'impresa non può essere lasciata agli esperti ma merita una riflessione più generale. Forse non tutti sanno che, al fondo, alcuni costi connessi a crisi che hanno visto coinvolte imprese di grandi dimensioni si sono distribuiti fra tutta la collettività, anche quella più disinteressata alle sorti di quell'impresa e di quel settore produttivo. Non a caso proprio in questi giorni si dibatte, per l'ennesima occasione, sulle sorti di una società "privatizzata" ma assistita, reiteratamente, dallo Stato, con ovvi riflessi sulle perplessità dell'Unione europea a proposito degli aiuti di stato.

La crisi di una impresa è un affare dell'imprenditore e dei suoi creditori o rappresenta un evento che riguarda una più ampia comunità? Si pensi ai lavoratori, agli imprenditori dell'indotto, agli enti esponenziali di un territorio. Se questi interessi ancillari ci sono e vengono turbati dalla crisi, chi deve garantire che vengano ponderati se non anche tutelati?

Qui si pone il tema del rapporto pubblico-privato. Il loro interesse può essere perseguito dai protagonisti della crisi o è più opportuno che vi sia un regolatore esterno? E se questo regolatore esterno è un soggetto "pubblico" chi è il pubblico che li deve garantire?

Tradizionalmente il pubblico è rappresentato dallo Stato-giudice perché è il tribunale che deve mediare il conflitto debitore/creditori. Si tratta, però, di capire se il giudice sia qui chiamato a risolvere un conflitto come avviene in una normale lite fra privati o se, invece, qui il giudice assuma un ruolo più penetrante e partecipi direttamente alla gestione della crisi. E se è vero che l'insorgere di un conflitto induce poi una delle parti in contesa a rivolgersi al giudice, è tollerabile che sia il giudice ad assumere l'iniziativa per regolare la crisi?

La legislazione dell'ultimo decennio che ha sensibilmente mutato le regole in materia di crisi dell'impresa, almeno secondo il comune sentire, avrebbe sensibilmente ridimensionato la presenza del giudice nella gestione della crisi e nella sua emersione. Molti criticano che ciò sia avvenuto e che si stia assistendo ad un processo di disintermediazione giudiziaria⁴; tutto ciò per maggiormente coinvolgere le categorie e i soggetti economici interessati.

Le esperienze del passato, però, ci consegnano un sistema obiettivamente (alla luce di dati statistici così netti da rivelarsi inconfutabili) e gravemente inefficiente in cui i tempi di definizione dei procedimenti erano lunghissimi e la misura del soddisfacimento dei creditori largamente insoddisfacente. Un ritorno al passato, che pur talora si auspica è irragionevole. Anche perché la riforma è troppo recente perché se ne possa trarre un bilancio non avventato.

5. Un quesito deve porsi preliminarmente: i protagonisti (imprenditore e suoi creditori) coinvolti nella crisi sono davvero in grado di governare il processo della crisi rappresentando tutti gli interessi coinvolti e in modo paritario? Oppure ci sono creditori forti e creditori deboli e il sistema premia i forti contro i deboli? Le disuguaglianze sono a favore degli svantaggiati? I creditori devono avere tutti gli stessi diritti o la loro diversa forza economica giustifica delle disuguaglianze che altro non sono che una eguaglianza sostanziale?

Questi interrogativi si amplificano quando il percorso intrapreso per la gestione della crisi non è un procedimento imposto (il più noto fallimento) ma un procedimento concordato. La spinta verso una autoregolamentazione non è, in verità, in questa materia una sorpresa se pensiamo alla *lex mercatoria* e al fatto che, al fondo, le radici della disciplina dell'insolvenza si trovano, proprio, nel diritto dei mercanti.

Così, nell'enfasi di esaltare una gestione non burocratica della crisi si è ritenuto che fosse più efficiente per gli interlocutori incentivare il raggiungimento di un accordo per regolare la crisi e tuttavia ci si è spinti molto avanti creando le condizioni per usi distorsivi degli accordi⁵.

Si sono create corsie preferenziali idealmente virtuose per gli accordi (da qui, la decisività dell'indagine sul dialogo fra autonomia contrattuale ed eteronomia giudiziale, e sulla idoneità degli accordi a fungere da fonti del diritto⁶) senza però costruire una rete di protezione, ovvero senza erigere delle alternative credibili e appetibili in modo da smorzare le rendite di posizione e trovare così un equilibrio fra forze centripete.

Qui il rapporto pubblico-privato è delicatissimo perché per come si sono stratificate le disposizioni, la norma che se ne può trarre esprime una interpretazione allineata alla preferenza per un modello privatistico che è assai più coerente e armonica, ma non sempre le disposizioni, talora frutto di mera tecnica e prive di una "anima", esprimono il vero sentimento di una questione e qui la questione è, anche, proteggere i soggetti più deboli e ciò per evitare che si giunga al risultato della (loro) indifendibilità nella cornice di un assetto in cui sembrano prevalere profili di irresponsabilità.

Proprio il bisogno di tutelare certe categorie di soggetti ha condotto a proporre interpretazioni che garantiscano dall'interno che gli svantaggiati non siano penalizzati ulteriormente, e che ciò sia possibile anche con gli strumenti del "privato". Ciò per evitare un recupero di "pubblico" che sarebbe distonico e che invece va ricondotto ad altri, fondamentali, valori di legalità. Per ridimensionare il ruolo dei più forti, quando sono i privati a decidere, vanno probabilmente riassestate le regole che discendono dal principio di maggioranza che se è un vessillo ineludibile del diritto pubblico, può talora essere smentito nel diritto privato perché il fondamento del principio risiederebbe in una adesione volontaria ad una comunità e in condizioni, almeno potenziali, di pari dignità.

È in ogni caso evidente che questo pendolarismo ideologico "pubblico-privato" suggerito ancora di recente da importanti associazioni del Paese con una campagna mediatica imponente, è il sintomo di una mancata scelta di fondo sul valore che si vuol dare alla crisi dell'impresa. Dove posizionare l'asticella, fra conservazione dell'impresa e tutela dei creditori? Quanto l'apparente vocazione dissolutiva di una tutela dei creditori è davvero tale o forse non rivela una protezione della conservazione delle imprese dei creditori?

È indiscutibile che certe scelte di fondo possono apparire di corto respiro e forse è proprio ciò che è accaduto in Italia quando la riforma della crisi dell'impresa è stata applicata nel momento dell'apice della crisi globale.

Tuttavia pur fra pesi e contrappesi una scelta di fondo non dovrebbe essere oscurata, lasciando alla tecnica⁷, poi, la predisposizione degli strumenti più coerenti con quella opzione. Non diversamente ciò dovrebbe accadere anche quando ci si trovi al cospetto di una crisi dovuta ad altri fattori.

Per chi crede ancora nella forza normativa e illuminante della Carta costituzionale una piena lettura dell'intero art. 41 Cost. potrebbe essere di giovamento per stabilire regole generali sui limiti dell'imprenditorialità e per evitare che, ad ogni occasione critica, si finisca col rammendo, spesso rudimentale, dell'intervento legislativo *spot*. Una lettura assai distante da quella per la quale si identificava l'accentuato autoritarismo del sistema previgente di gestione della crisi descrivendo il fenomeno del giudice-gestore, come situazione normativa contrastante con il principio della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e con quello

per il quale i giudici esercitano – esclusivamente – funzioni giurisdizionali (art. 101 Cost.). Mi par questa, una tesi che contraddice tutto il comparto delle norme nelle quali al giudice sono affidati compiti di amministrazione. Certo si può convenire che non è il giudice l'organo più adeguato per governare una crisi imprenditoriale, e che ben vengano disposizioni che allontanino il giudice dalla gestione, ma tutto ciò attiene ad una scelta legislativa non vincolata; il vincolo, come si è detto, va limitato alla necessità di tenere separate amministrazione e cognizione giurisdizionale.

6. Se vogliamo approfondire un poco di più il tema, volendo calarlo nella dimensione specifica della crisi d'impresa dovuta all'incapacità dell'impresa di strare sul mercato con le sole proprie forze, notiamo che un altro dialogo sempre attuale è quello che ha per oggetto la natura privatistica o pubblicistica delle procedure concorsuali. Alle molte argomentazioni che si possono svolgere, non può far ombra il rilievo per il quale il diritto positivo, prevedendo l'iniziativa del pubblico ministero per l'apertura del fallimento (ed il suo parziale coinvolgimento nel concordato preventivo), ci consegna un segnale importante perché questa iniziativa si spiega solo se il legislatore considera tuttora il fenomeno dell'insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili *a priori*⁸.

In questo contesto il *refrain* piuttosto diffuso che si esprime con il lemma "*privatizzazione*" non mi pare condivisibile visto che lo Stato impiega ancora non poche risorse; il diritto fallimentare resta, pur tra molte contraddizioni, un comparto dell'ordinamento in cui lo Stato non si limita a mettere a disposizione delle parti gli strumenti (le regole processuali) per risolvere i loro conflitti, ma interviene talora per regolarli in via eteronoma con la presenza del pubblico ministero e, sebbene da posizioni più sfumate, del giudice.

Allora, assai più coerente con il diritto positivo che il nuovo sistema rilascia, è, invece, l'idea che il *contratto* quale espressione della negozialità sia soltanto un mezzo per raggiungere un fine e non sia l'essenza della nuova regolazione dei dissesti. È come se lo Stato avesse *delegato* alle parti il compito di gestire l'insolvenza, perché da un lato sono loro a poter meglio valutare gli interessi coinvolti, e perché dall'altro lato la canalizzazione della gestione verso le parti consente di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari, nell'auspicio che il recupero di risorse possa essere utilmente indirizzato per rendere celeri tutti i processi incidentali che si intersecano con la procedura di fallimento.

Nell'ambito di una decomposta varietà di strumenti di regolazione della crisi o del dissesto, il legislatore ha, così, inteso innalzare il baricentro della negozialità; privatizzare, significa affidare ai protagonisti e, nel caso delle soluzioni concordate, ai creditori maggiori poteri decisionali, poteri che una volta espressi saranno sottoposti ad un sindacato del giudice, volto a garantire, *inter alia*, che non vi sia stata una patologica formazione del consenso. Privatizzazione del fallimento e dei concordati diviene, allora, una formula accettabile solo se rivolta a valorizzare lo strumento del contratto e così potremmo, se mai, discutere di *contrattualizzazione* della gestione della crisi, pur se questa opzione trascina con sé tutta una serie di conseguenze di cui molti non si sono ancora avveduti e che potrebbe icasticamente essere esemplificata come necessità di vigilare sul conflitto di interessi.

Per le stesse ragioni la declamata "*degiurisdizionalizzazione*" va valutata con maggiore equilibrio; infatti vi è stata, senza dubbio, una *diversa dislocazione dei poteri* e delle attribuzioni fra i diversi organi della procedura e vi è stato un diverso coinvolgimento dei creditori; pur tuttavia questi presunti indicatori luminosi che segnalano un arretramento del ruolo del giudice, non possono essere riguardati a senso unico, in quanto se davvero si fosse voluto accedere ad un sistema in cui il giudice fosse esautorato da tutti i poteri, sarebbe stato gioco facile rinviare a quei modelli amministrativi di gestione della crisi cui, pure, l'ordinamento

italiano ha fatto frequentemente ricorso. Infatti, da questo punto di vista, è condivisibile quella espressione «disintermediazione giudiziaria» delle crisi aziendali, che vuole evocare una contrazione dei poteri gestori del giudice, ma al contempo una permanenza del ruolo giudiziale per la composizione dei conflitti.

Ecco, allora, che nel valutare il rapporto pubblico-privato per come si atteggia oggi, dobbiamo prima rammentare che sino al 2006, un connotato qualificante del processo di fallimento era la sua officiosità. Quell'iniziativa officiosa è stata espunta e l'espunzione dell'iniziativa officiosa per la dichiarazione di fallimento è un tassello che permea di sé tutto l'impianto e che i prossimi studi processuali sul perimetro "dispositivo" della tutela giurisdizionale dovranno necessariamente considerare.

Ma se il dibattito pubblico-privato non vuol restare fine a sé stesso e vuol servire per capire quali effetti può produrre, la questione non è tanto quella ideologica se è arretrato il ruolo del giudice, quanto se questo risultato non conduca ad una possibile riduzione della tutela dei creditori. Il depotenziamento dell'azione revocatoria, la riduzione dei soggetti fallibili, la molteplicità dei riti (e gli ovvi riflessi sulla certezza del diritto), la – ancora – scarsa appetibilità degli strumenti preventivi, rappresentano degli ostacoli oggettivi alla tutela del diritto di credito. Un diritto di credito che fatica a conquistare tutele se si guarda solo alle soluzioni di impronta privatistica.

Si assume spesso che il mercato è il luogo dove i conflitti si compongono ma tale affermazione pur suggestiva, appare quasi una mistificazione perché non è vero che le leggi dell'economia sono autosufficienti e non reclamano una legge sull'economia⁹. Non sono poi i creditori in quanto tali ad avere più potere, ma sono *talune classi di creditori* che possono avere il sopravvento e come questo coincida con l'idea di una seria tutela del credito è tutto da dimostrare.

Se una suggestione lungamente evocata è stata quella di auspicare un trattamento della crisi simile a quello praticato nei paesi anglosassoni, allora si deve anche convenire che la c.d. privatizzazione della gestione del fenomeno insolvenza non può non essere compensata da una tutela risarcitoria di cui nel nostro sistema non si vedono le tracce.

Come si era paventata la deriva amministrativa e autoritativo-statalista dell'amministrazione straordinaria per la pretermissione del ruolo dei creditori, ora con riguardo alle nuove procedure si dovrebbe manifestare altrettanto allarme per il pericolo che la tutela del credito diventi un valore evanescente.

Preso atto della scelta di valorizzare il mercato e di relegare il diritto in un angolo angusto, molta parte della letteratura giuridica (e quella che studia il diritto dell'economia in particolare¹⁰) si va sempre più orientando nella direzione che vede il diritto come una disciplina servente rispetto all'economia¹¹; una disciplina che serve per regolare fenomeni economici in atto. È come se si assistesse ad un continuo inseguimento fra diritto ed economia ed è evidente come il dinamismo innato dell'economia rispetto alla naturale staticità del diritto non possa che fungere da traino per le innovazioni giuridiche¹².

E ai fini della presente trattazione il rapporto fra economia e diritto, quando si guarda al mondo dell'impresa, sembra sempre più orientato verso forme di ri-privatizzazione del diritto civile per effetto del fenomeno della globalizzazione¹³ e tuttavia le profonde mutazioni dei traffici commerciali non possono obliterare la cultura dei valori della legalità in competizione con le regole dinamiche dell'economia.

Se vogliamo verificare il rapporto tra pubblico e privato nella crisi dell'impresa e non possiamo prescindere dall'idea etica del diritto quale espressione del pubblico e dal controverso rapporto fra economia ed etica, mi pare che non si possa fare a meno di porre un postulato: etica e mercato¹⁴ non debbono essere considerate nozioni fra loro incompatibili (o collidenti)¹⁵, perché il mercato deve corrispondere ad una idea di legalità¹⁶ astretta fra i sintagmi «regole per il mercato» e «mercato delle regole». L'eteroregolamentazione non mi pare possa essere pretermessa¹⁷. Occorre un *input* esterno e questo non può che essere individuato nella legge

e dunque nelle «regole per il mercato»¹⁸. Il *prius* dovrebbe essere rappresentato dal valore etico e solo in subordine da quello economico. La degenerazione presente è da attribuirsi al capovolgimento di questa sequenza. Solo in un secondo momento possono intervenire la capacità, il talento individuale, il coraggio della sfida, l'anticonformismo innovativo, ossia solo all'interno di un quadro valoriale che ha ristrutturato l'esatta collocazione dei ruoli, in primo luogo, l'etica e l'equità. In sostanza il pubblico, quale fornitore di regole e di strumenti per comporre i conflitti, non è eludibile.

Nel *diritto della crisi d'impresa*, rileviamo che l'interesse del mercato, qualunque sia la nozione che si vuole adottare, non può mai coincidere con l'interesse dei soli creditori. Così, quando si pensa al potenziamento dell'autonomia privata intesa come autoregolamentazione dei rapporti impresa *vs.* creditori¹⁹, non possiamo non avvertire il pericolo che un eccessivo investimento sulle scelte dei privati possa condurre a soluzioni paradossalmente meno "avanzate" perché astrette da un eccesso di individualismo in un ambiente nel quale, invece, la pluralità delle componenti e degli interessi non è mai assente, quasi che ad un eccesso di autonomia possa corrispondere, in negativo, una sorta di anomia sociale²⁰.

Attorno al diritto che impatta su fenomeni economici insiste una tenaglia rappresentata da un lato dall'esigenza che le regole giuridiche siano adeguate a governare i fenomeni economici e dall'altro dal fatto che non basta che vi sia una regolazione adeguata ma è anche necessario che le regole siano in perfetta sintonia con i bisogni del mercato, ciò che, a ben vedere, anche se in modo un po' rozzo starebbe a significare – secondo una certa lettura – che il diritto dell'economia non deve essere scritto dai giuristi²¹. Questo postulato non credo meriti condivisione²² o, quanto meno, quella diffusa condivisione che spesso viene prospettata; se mai, come si è di recente ribadito con grande autorevolezza²³, la "naturalità" delle regole del mercato presuppone pur sempre l'esistenza di un ordinamento e di un insieme di regole-principi. Pertanto il mercato si può muovere solo nella cornice di regole, regole che per quanto qui interessa, debbono necessariamente essere scritte considerando esigenze di una collettività di soggetti un poco più estesa di quella rappresentata dai soggetti direttamente coinvolti nella singola vicenda economica (il dissesto di una singola impresa).

7. Il baricentro fra tutela del mercato che reagisce alla crisi e tutela di coloro che sono entrati in contatto con l'impresa, deve essere calibrato in modo che al cospetto di un "difetto di cooperazione" si possa reagire con strumenti rimediali efficienti che facciano premio su visioni marcatamente egoistiche che non raramente vengono assunte come un dogma (*homo homini lupus*). Il problema diviene, dunque, quello di neutralizzare gli interessi egoistici per convogliarli in un interesse comune ai più.

L'accettazione della regola di maggioranza nell'ambito di una comunità involontaria può essere tollerata soltanto se il consenso si forma attorno ad un nucleo omogeneo di interessi. È, quindi, il conflitto di interessi il tema che è destinato ad acquistare centralità se si vuole che la tutela del credito resti un valore da proteggere. Nel sistema precedente, dove pure i conflitti erano meno accentuati (o forse solo meno evidenti) la tutela della minoranza era affidata al ruolo riconosciuto all'autorità giudiziaria; ora che la gestione della crisi è partecipata al giudice solo in talune situazioni, occorre ripristinare degli strumenti che possano coadiuvare la minoranza, in modo che questa non abbia a subire una espropriazione del credito, senza indennizzo, ad opera di una maggioranza numerica che può formarsi attorno ad un oligopolio di creditori.

Considerata la friabilità delle difese offerte ai *creditori di minoranza*, è verosimile che un'effettiva tutela del credito debba passare, anche, per l'irrobustimento del regime di responsabilità per tutti i protagonisti della gestione della crisi.

Le procedure concorsuali costituiscono un terreno – talora aspro – di conflitti²⁴ e questi conflitti in quanto le posizioni dei protagonisti sono asimmetriche non sono "perfettamente"

componibili in via autonoma: occorre un “recupero” del pubblico.

A ben vedere, le insofferenze per le regole del processo (e più in generale per la stessa tutela giurisdizionale nella crisi d'impresa) sembrano voler esprimere una insofferenza per le regole in quanto tali²⁵, come se le dinamiche economiche, da sole, potessero risolvere quelle complicate situazioni che germinano da un fallimento.

Se è vero che secondo le statistiche OCSE l'Italia si trova in una posizione ben poco commendevole nella graduatoria sulla efficienza della giustizia civile, talché da ciò si fa dipendere la scarsa propensione degli operatori esteri a investire nel nostro Paese, il rilievo dovrebbe fungere da stimolo per rivitalizzare il sistema giudiziario e non già da alibi per la fuga dal processo.

8. Nei precedenti §§ abbiamo esaminato la crisi dell'impresa nelle sue dinamiche ordinarie, quelle della liquidazione e quelle della composizione concordata.

In ogni caso abbiamo considerato gli strumenti di regolazione della crisi che vedono coinvolto il giudice ordinario sia come organo che sovrintende allo svolgimento della procedura (nel caso del fallimento) sia come organo deputato a dare efficacia ad un accordo concluso fra il debitore ed i suoi creditori. Le regole da applicare sono regole di diritto privato e più precisamente di diritto civile e di diritto processuale civile, spesso piegate al diritto commerciale in quanto il contratto ed il processo sono sfondi che da soli non riescono a governare pienamente il fenomeno della crisi.

Alla giurisdizione, attiva, di controllo e decisoria sono affidati numerosi compiti. Quando osserviamo che gli strumenti sono quelli del diritto privato, dobbiamo anche precisare che ci troviamo di fronte a regole che vanno adattate alla complessità delle posizioni in gioco ed essenzialmente alla circostanza che la crisi investe, normalmente, una collettività di soggetti. Pur tuttavia questa collettività esprime interessi prevalentemente privatistici anche se non si possono scartare interessi pubblici veri e propri come è dimostrato dalla presenza della figura del pubblico ministero.

Ma la pubblicità di questi interessi viene gestita, sempre e soltanto, con le regole del diritto privato perché si discute di diritti soggettivi, sostanziali o processuali che siano.

In molti altri casi, invece, quando il dissesto si riferisce a particolari tipologie di imprese o quando il dissesto coinvolge imprese di dimensioni ragguardevoli, nel nostro ordinamento si ritiene che gli interessi collettivi si trasformino in interessi pubblici che reclamano la partecipazione alla regolazione del dissesto da parte dell'autorità amministrativa.

Si tratta, con evidenza, di una scelta politica che ben pochi riscontri trova negli ordinamenti degli altri Paesi. È una scelta discrezionale che però deve sempre fare i conti con il principio costituzionale della tutelabilità dei diritti soggettivi.

Accade così che la regolazione del dissesto di un'impresa è oggi affidata ad una molteplicità di istituti e di procedure, assai spesso le une giustapposte alle altre.

Quando si abbandona la giurisdizione, inseguendo lo slogan dell'inefficienza della giustizia, per solcare la via dell'amministrazione, non ci si rende conto che il tasso di inefficienza delle procedure amministrative (salvo alcune sacche ben precise) è di gran lunga superiore a quello delle procedure giurisdizionali.

Se nel fallimento e nel concordato preventivo sono disegnati in modo abbastanza nitido il ruolo dell'imprenditore, del giudice, del curatore (o del commissario) e dei creditori, questo nitore sfuma nettamente quando ci troviamo al cospetto di una procedura amministrata dove l'autorità amministrativa assume ruoli ancipiti, sostituendo in parte il giudice, in parte gli organi della procedura ed anche i creditori (come è evidente nel concordato nella liquidazione coatta amministrativa là dove i creditori sono privati del diritto di voto).

Si transita dunque dalle aule dei tribunali ai corridoi dei ministeri con una considerevole

alterazione dei diritti e delle aspettative dei soggetti coinvolti nel dissesto.

Quando parliamo di procedure amministrative ci riferiamo alle *liquidazioni coatte amministrative* e alle *amministrazioni straordinarie* che hanno in comune una porzione dell'assetto normativo ma poi si segnalano per una rilevante distanza ideologica. Questa distanza è manifestata da tre indici piuttosto chiari:

- 1) la liquidazione coatta amministrativa è la procedura diretta a demolire l'ente o l'impresa, mentre l'amministrazione straordinaria è per definizione una procedura di risanamento se non proprio conservativa;
- 2) le imprese destinate alla l.c.a. si contraddistinguono per l'oggetto dell'attività, mentre quelle destinate all'amministrazione straordinaria si segnalano (quasi esclusivamente) per le dimensioni dell'impresa e del dissesto;
- 3) l'amministrazione straordinaria si apre quando l'impresa è insolvente, mentre la liquidazione coatta amministrativa prescinde dall'insolvenza pur se questo stato è spesso ricorrente.

Pur con tutte le riserve possibili, è comprensibile che crisi che colpiscono determinate tipologie di imprese possano essere regolate con strumenti diversi da quelli previsti per le crisi 'ordinarie'. Si è avuto modo di illustrare come i valori fondamentali delle procedure concorsuali giurisdizionali siano organizzati attorno alla tutela del credito, mediata per quanto possibile e nei limiti della compatibilità, dalla tutela della conservazione dei valori produttivi residui connessi all'impresa in crisi. Non sempre è sufficiente ponderare la tutela del credito per rispondere ai bisogni sollevati dalla crisi di un'impresa con determinate caratteristiche.

Quando accade che la crisi colpisca una banca o una compagnia di assicurazione, la diffusività degli effetti è tale che le regole civilistiche, da sole, a poco potrebbero servire in quanto occorre mediare fra una pluralità di interessi (basti pensare nel caso della crisi di una compagnia di assicurazione al problema della copertura nelle assicurazioni obbligatorie sulla responsabilità civile) alcuni dei quali riflettendosi anche sul mercato e sulla borsa potrebbero influenzare l'economia nazionale.

Il ruolo che gioca l'amministrazione nelle procedure di l.c.a. e di amministrazione straordinaria è molto articolato e invasivo, tant'è che l'autorità giudiziaria non è assente ma svolge un ruolo defilato in quanto è chiamata a intervenire quando sorgono alcuni tipi di conflitti, non tutti perché molti sono devoluti alla giustizia amministrativa. In questa cornice, la delimitazione delle attribuzioni del giudice ordinario subisce un'ulteriore demarcazione quando si sottrae al giudice il compito di assumere le decisioni più importanti in merito all'apertura del procedimento.

La tutela dei diritti dei creditori si gioca, in larga parte, proprio sul terreno del procedimento di avvio della regolazione concorsuale del dissesto nelle procedure amministrative. Le "anomalie" amministrative sono tanto più invasive quanto più risultino decisive le scelte dell'amministrazione se aprire o non aprire un procedimento.

9. Nel dilemma pubblico-privato applicato alla crisi d'impresa un ruolo fondamentale è giocato dalla procedura di amministrazione straordinaria.

L'amministrazione straordinaria è una procedura complessa e articolata, spesso suddivisa in più fasi e con sbocchi potenzialmente diversi. A tale procedura possono accedere, pur con alcune variabili tutt'altro che marginali, imprese che impiegano un numero (considerato) elevato di dipendenti e che presentano un rilevante indebitamento. In verità questi coefficienti numerici (si pensi alla soglia dei 200 dipendenti)²⁶ che sarebbero sintomatici della "grande impresa", se posti a confronto con la normativa comunitaria sulle medie-piccole imprese, rivelano l'assoluta peculiarità del tessuto imprenditoriale domestico fatto, più che altro, da micro-imprese.

L'attenzione dello Stato verso queste imprese muta sensibilmente le regole del gioco,

posto che il primario valore che va tutelato diviene quello della conservazione dell'attività d'impresa, anche a costo di ulteriori grossi sacrifici.

Ecco prevalere, allora, sebbene senza alcune distorsioni del passato, una vocazione pubblicistica della gestione della crisi che appare asintonica rispetto al resto dell'assetto delle crisi. Tant'è che quando qualche creditore riesce a dolersi della perdita di valore del suo credito al cospetto di declamate, ma sempre incerte, opportunità di prosecuzione dell'attività industriale, l'amministrazione non raramente interviene per sopraffare la sentenza con una legge speciale.

Il risultato complessivo, per trarre le fila del discorso sul rapporto pubblico-privato nella gestione della crisi, certo non si segnala per armonia. Situazioni molto simili (bastano due dipendenti in più o in meno per transitare da un sistema all'altro) vengono trattate con regole eterogenee; talora si gestisce la crisi con strumenti tipici del diritto privato, altre volte con metodi tipici del diritto amministrativo.

Mi chiedo se non sarebbe più ragionevole convogliare verso la procedura pubblica solo imprese peculiari per natura dell'attività e far governare dal diritto privato le crisi di tutte le altre ma alla condizione che vi sia maggiore attenzione per i profili pubblicistici e per un riequilibrio nei rapporti fra i vari protagonisti.

10. Se a livello statale è giustificabile che in presenza di una crisi di una impresa dotata di specifiche connotazioni che rimandino ad un interesse pubblico generale lo Stato decida di affrontare quella crisi con modalità speciali che vedano coinvolti gli apparati pubblici centrali, occorre anche chiedersi se analoghe esigenze si replichino a livello territoriale.

Alla nozione di grande impresa tale qualificata per l'intera comunità, non corrisponde una nozione di "grande impresa territoriale" e non esiste quindi un diritto della crisi d'impresa che non sia il solo diritto nazionale.

Tuttavia è sin troppo evidente che la crisi di una impresa che ha una collocazione territoriale rilevante non possa essere ignorata dagli Enti di quel territorio. Lo snodo critico è segnato però da questo interrogativo: è opportuno (o finanche doveroso) che l'Ente intervenga nella gestione della crisi con interventi mirati sulla singola impresa (ad esempio erogando finanziamenti o acquisendo quote di capitale) o è più salutare che l'Ente intervenga in modo "imparziale" non con provvidenze specifiche ma con aiuti di settore che di riflesso possano agevolare il superamento della crisi?

L'esperienza insegna che fare politica e fare impresa sono azioni assai diverse fra loro e che una sintesi nel fare politica d'impresa sia impresa piuttosto complessa. Infatti anche la più virtuosa delle politiche si muove da presupposti diversi dalla gestione imprenditoriale. La politica si forma sulla raccolta del consenso e sulla sua successiva gestione non sull'efficienza dell'impresa; le regole di condotta del buon politico non si coniugano con le regole di condotta del buon imprenditore. Ed allora appare più coerente con il sistema delle imprese che l'Ente territoriale investa sul circuito economico più che sulla singola impresa; certo questo modo di procedere non produce gli effetti immediati di un finanziamento ma appare ormai ineludibile un differente approccio che si fondi su interventi strutturali e non più su interventi emergenziali che poi, quasi sempre, si traducono in perdite per la collettività.

11. Il dialogo pubblico-privato nella crisi d'impresa sta scoprendo un nuovo terreno di confronto. Infatti, in questo scorcio del secondo decennio del secolo si sta tristemente propalando un fenomeno nuovo e tuttavia già pervasivo: la crisi/insolvenza di quelle che per comodità si possono definire "società pubbliche". In precedenza si è notato come rispetto a determinate tipologie di imprese la legge abbia optato per una regolazione della crisi in cui

vi sia una attenzione particolare agli interessi pubblici così stabilendo la preferenza per una gestione amministrata.

La legislazione, però, non dice se di fronte alla crisi di una società pubblica ma costituita nelle classiche forme della società capitalistica privata sia giustificata la regolazione della crisi con i consueti strumenti privatistici (così assecondandosi il modello formale) o se non sia, invece, preferibile una gestione pubblica. Il tema è di grande attualità in quanto vi è stata una crescita esponenziale di queste società e per converso la globalità della crisi ha investito praticamente ogni settore merceologico²⁷.

Il dibattito sull'argomento è assai fecondo perché è chiaro che le scelte di tecnica interpretativa, in verità, sono in fondo al servizio di opzioni ideologiche.

Da diverso tempo ormai, gli Enti pubblici territoriali hanno iniziato a fare amplissimo ricorso alla gestione di servizi pubblici tramite soggetti di diritto privato, specie nella forma c.d. "*in house*". Ciò è accaduto per svariate ragioni ma è ragionevole ritenere che proprio la proliferazione che vi è stata dimostri una sostanziale inconsapevolezza di fondo sulle possibili sorti di quei soggetti in caso di insolvenza. La crisi della finanza pubblica ha provocato un minor afflusso di risorse e quindi il fenomeno dell'insolvenza delle società costituite dagli enti del territorio si è progressivamente diffusa. Rispetto ad una iniziale ritrosia ad applicare interamente lo statuto dell'imprenditore commerciale a questi soggetti e quindi ad applicare le regole sulla crisi d'impresa, si inizia ad intravedere una lettura sempre più condivisa sul fatto che le società, impropriamente definite pubbliche, debbano essere assoggettate, in caso di crisi, alle regole tipiche dell'impresa privata. E questo anche quando l'attività della società abbia per oggetto la prestazione di un servizio pubblico qualificabile come essenziale.

Se questo orientamento dovesse ulteriormente affermarsi, e le decisioni delle Corti mostrano proprio questa tendenza, il problema non potrebbe essere eluso. Infatti, se è ragionevole assumere che la scelta della costituzione della società secondo il modello del codice civile imponga, poi, che se ne traggano tutte le conseguenze – fermo restando che il soggetto deve essere qualificato imprenditore – ciò nondimeno la peculiarità dell'interesse inciso – un interesse che pertiene ad una collettività – dovrebbe imporre alcune cautele o, se si vuole, dei meccanismi di salvaguardia nell'interesse, appunto, della collettività.

12. Il dialogo anche costruttivo fra pubblico e privato non si arresta (ma solo si esalta) nelle situazioni di crisi in quanto anche nella cornice della fisiologia dei rapporti economici di impresa, la presenza del pubblico – perlomeno in Italia – non è affatto marginale.

Non è il caso di indugiare in questa sede quante "dosi" di Stato-politica e di Stato-apparato siano necessarie, opportune o deleterie (a seconda dei punti di vista) nel governo delle imprese, fermo restando che soprattutto in una situazione di crisi appare residuale l'idea di uno Stato completamente assente e che non sia in grado di dettare alcune linee di politica economica d'impresa (ad esempio incentivando determinati macro-settori).

Qui, con riferimento alle dinamiche di una impresa in normale regime di continuità aziendale, si pone il tema dell'ennesima supplenza giudiziaria cui la magistratura talora è chiamata e talora è essa stessa promotrice²⁸. È giustificato un controllo sociale eteronomo pur quando l'impresa non sia in crisi ma si palesino conflitti interni alla società? Ciò è giustificabile nelle società aperte al mercato?

Recenti esperienze di cui la stampa quotidiana ha avuto modo di occuparsi dimostrano quanto sia difficile coniugare gli interessi dell'impresa e dei soci ad una gestione imprenditoriale profittevole con gli interessi degli *stakeholders* e di quanto possa risultare pericolosa una invasione esterna sul merito delle scelte di pura gestione imprenditoriale²⁹.

La difesa statutale della c.d. "italianità"³⁰ di una impresa è un valore? E se lo fosse, qual è il prezzo che si deve pagare?

Probabilmente la modernità di un Paese si esprime anche attraverso una serie di norme-principi nelle quali declinare il modello di società che si vuole seguire. Spesso nelle campagne elettorali se ne discute ma la Politica, nel suo complesso, non riesce mai a sviluppare un disegno di sistema.



13. Raggiungere il punto di equilibrio fra pubblico e privato nella gestione dei conflitti di impresa è assai complesso. Ciò nondimeno, sebbene in modo altalenante, il legislatore mostra di avere attenzione alla regolazione di tali conflitti, basti pensare alla (per vero velleitaria nella sua declinazione pratica) istituzione dei tribunali dell'impresa. Per anni si è preferito predicare un controllo leggero sui mercati, specie quelli strategici, con la proliferazione delle autorità indipendenti; poi, però, i conflitti sono sorti comunque anche se davanti ad un giudice diverso dall'autorità giudiziaria ordinaria, vista la pervasività della giurisdizione affidata ai giudici amministrativi. Così, la presenza di un giudice dentro il mercato è sintomo dell'opzione di non voler lasciare all'autonomia dei soggetti economici la fissazione di regole che inevitabilmente coinvolgono interessi plurali. Ma la presenza del giudice da sola potrebbe rivelarsi inadeguata se non si comprende come si atteggi il rapporto pubblico-privato *dentro* la giurisdizione, specie quella civile (senza però entrare nel tema degli accordi infraprocessuali³¹). Le considerazioni che seguono, infatti, prendono di mira il rapporto pubblico-privato all'interno del processo e con specifico riguardo il tema della prova, sì che si colloca al di fuori di questo perimetro il rapporto pubblico-privato che sta *in apicibus* e cioè come concorrano le risoluzioni delle controversie fondate sugli accordi privati con le decisioni dei giudici³².

In tutte le società occidentali, tanto di *civil law* che di *common law*, la tutela dei diritti è affidata allo Stato (anche se poi ciascun ordinamento propone soluzioni volte a destatalizzare l'accesso alla giustizia), tant'è vero che si parla di giurisdizione a riserva statale o di necessaria statualità della giurisdizione³³. Non a caso il diritto processuale civile è tradizionalmente catalogato fra le discipline pubblicistiche³⁴ sebbene il processo civile sia il luogo ove si accertano le situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi e *status*).

Si palesa, subito, allora un potenziale conflitto fra apparato pubblico deputato a risolvere le liti e interessi privati in contesa³⁵.

Lo Stato mette a disposizione dei cittadini le risorse per il funzionamento della giustizia ed istituisce un sistema (il processo civile) per regolare le controversie. Ma se le controversie sorgono in relazione a posizioni soggettive che riflettono interessi privati quale ruolo devono giocare i giudici?

Il quesito si presta ad almeno due tipi di risposte perché sottintende, in verità, diversi

interrogativi; l'uno che attiene alla *formazione del diritto*, l'altro che riguarda gli *strumenti per pervenire alla decisione*.

In funzione di verificare come dialoghino pubblico e privato nel processo non è decisivo prendere posizione sul tema se il giudice sia solo un "regolatore" del conflitto secondo schemi illuministici (la bocca della legge)³⁶ ovvero se debba farsi interprete dei mutamenti della società e possa (o debba) assecondare interpretazioni della legge "creative" così concorrendo a formare il diritto³⁷. Ai fini che qui interessano preme invece stabilire se le parti abbiano il dominio del processo quale luogo strumentale per l'accertamento di diritti di cui hanno, normalmente, disponibilità, ovvero se al giudice siano riservati poteri più ampi di quelli che vengono condensati nella formula della "direzione del processo".

Gli indizi per offrire almeno un tentativo di risposta sono poco lineari. Il codice di rito approvato nel 1940 nasce in piena epopea fascista e delinea un processo nel quale al giudice vengono riservati poteri ragguardevoli in una cornice di più ampia attenzione alla natura pubblica dell'interesse alla regolazione della lite. Ma la vocazione pubblicistica del codice non sembra, davvero, coniugarsi con una spinta autoritaria, quanto meno nella misura in cui i poteri del giudice non vengono predicati in virtù di adesioni a concezioni politiche totalitarie talché il giudice si presenterebbe come l'oracolo del regime, ma piuttosto in virtù di una scelta volta a valorizzare l'aspetto strumentale della tutela rispetto al diritto sostanziale³⁸.

14. Negli Ordinamenti di stampo liberale il ruolo del giudice nel processo è assai meno invasivo di quanto accada negli Ordinamenti autoritari.

Tuttavia sono poi le singole scelte che il legislatore compie in concreto a descrivere il modello processuale tant'è che nei diversi sistemi occidentali i poteri del giudice sono spesso distanti fra loro e questi poteri, non infrequentemente, vengono a mutare a seconda delle sensibilità del legislatore del momento.

Il processo civile domestico non si sottrae a questa valutazione, basti pensare che nello stesso periodo storico (2003-2009) coesistevano due modelli processuali praticamente agli antipodi: il processo deputato a risolvere le controversie di lavoro intriso di officiosità e il processo destinato a governare le liti societarie affidato, anche per l'organizzazione degli snodi interni, in larga parte ai contendenti. Se a prima vista questa divaricazione poteva apparire schizofrenica, a ben vedere aveva una sua astratta ragion d'essere. Nel processo del lavoro, sulla base della teorizzazione del processo con parti asimmetriche si ritiene che l'attribuzione al giudice di maggiori poteri sia coerente col bisogno di ricercare un equilibrio fra le parti; nel processo societario la tendenziale parità di forza fra le parti giustificava (l'uso del passato dipende dalla recente abrogazione di quel modello) una sorta di autogestione nell'organizzazione del processo.

Quando si parla di pubblico e privato nel processo civile il più delle volte si ha di mira proprio il modello processuale dal punto di vista dell'organizzazione. Il pendolo è scandito da ritmiche riforme delle disposizioni che si occupano proprio dell'incedere del processo nei suoi vari passaggi. Questo pendolo è spesso giustificato dal fatto che, al fondo, non è ancora stato colto secondo analisi statistiche serie se ai fini dell'accelerazione del processo sia migliore una gestione eteronoma (affidata al giudice) o una gestione autonoma (nella quale siano le parti a stabilire il "se" e il "quando" di certi adempimenti).

Poiché in un mondo globalizzato non si possono trascurare gli effetti secondari – spesso riflessi sul piano economico - dell'inefficienza della giustizia, è sin troppo ovvio che ogni Governante non possa fare a meno di pensare a come rendere la giustizia civile italiana più competitiva.

Il vessillo costituzionale della ragionevole durata del processo da norma programmatica (e dunque indirizzata a sollecitare il legislatore a operare scelte coerenti con l'aspirazione a

conseguire tempi celeri di definizione dei processi) è trasmodato a norma di interpretazione giugulatoria delle tante regole processuali che hanno a che vedere con i tempi del processo.

Ma l'ansia di sconfiggere il pensiero per cui una giustizia ritardata è una giustizia (comunque) negata (secondo l'aforisma *Justice delayed is justice denied*) non può porre in un cono d'ombra la necessità che il processo non debba solo concludersi rapidamente con una decisione "quale che sia" ma debba concludersi con una decisione "giusta".

Si è già precisato che negli Ordinamenti di impronta liberale alla soggettività degli interessi corrisponde la natura dispositiva dell'iniziativa processuale.

Il principio dispositivo vuole che la tutela giurisdizionale intervenga su domanda di parte (ma quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio). Il principio della domanda è quindi elevato a canone fondante il processo civile posto che colloca ai margini della tutela giurisdizionale l'iniziativa del pubblico ministero e quella officiosa.

Pertanto la tutela giurisdizionale può essere invocata da chi agisce in giudizio e chiede in nome proprio e nell'interesse proprio che il giudice applichi il comando richiesto. Deve esistere una corrispondenza fra il diritto soggettivo che la parte vuole vedere affermato nel processo e la titolarità del diritto perché in coerenza col principio della disponibilità sostanziale del diritto l'Ordinamento pretende che anche sul versante processuale vi sia pari disponibilità. Del diritto può disporre, abdicandovi o chiedendone tutela, solo il titolare.

Quanto alla domanda, il principio dispositivo si estende dall'introduzione della lite (nel senso che è rimessa alla parte) al contenuto della decisione, posto che vi deve essere corrispondenza fra oggetto della richiesta e oggetto della decisione non potendo il giudice dare alla parte qualcosa di più o di diverso da quanto richiesto.

La scelta di voler inserire nel codice civile una norma cardine come quella che esprime la preminenza dell'iniziativa di parte trova una ragionevole giustificazione nell'opportunità di esaltare il raccordo con le posizioni giuridiche soggettive riconosciute dalla legge sostanziale³⁹ ciò in funzione di rendere evidente la biunivocità del raccordo fra diritto soggettivo, [sua] violazione ed esercizio della tutela giurisdizionale nella cornice di un ordinamento essenzialmente liberale che non contempla un eccesso di intrusione del giudice.

La scelta del sistema di voler lasciare alla disponibilità della parte l'iniziativa processuale muove, anche, dal bisogno di riaffermare la centralità del ruolo del giudice rispetto alle parti. Principio dispositivo significa, quindi, segnare con nettezza la distanza fra chi chiede tutela e chi la elargisce; la terzietà del giudice rispetto alla lite e l'imparzialità del giudice rispetto alle parti è un valore fondante del c.d. *giusto processo*, oggi descritto nei suoi lineamenti essenziali nell'art. 111 Cost.

Tuttavia il monopolio della parte sull'iniziativa processuale non è assoluto dal momento che, sebbene per fattispecie a numero chiuso, esiste pur sempre una legittimazione concorrente del pubblico ministero e persino una iniziativa officiosa. Quando si prende in esame l'attribuzione al pubblico ministero dell'iniziativa per talune liti civili, ci si avvede che in linea di massima al pubblico ministero è affidato il compito, in una sorta di legittimazione straordinaria (o per taluno di sostituzione processuale), di supplire all'inerzia della parte quando vengano in gioco diritti soggettivi o più spesso *status*, o ancora più spesso situazioni che coinvolgono poteri che in qualche modo evocano la presenza di interessi superindividuali o la tutela di soggetti deboli. Quando l'iniziativa è affidata al pubblico ministero non si assiste ad alcuna violazione del principio *ne procedat iudex ex officio* in quanto la domanda è proposta da una parte, sì speciale, ma che nel processo assume proprio la connotazione di una parte.

L'attribuzione al pubblico ministero della legittimazione processuale nella materia civile presenta, indubbiamente, dei profili di criticità. Se è vero che questa legittimazione è stabilita nei soli casi tipici previsti per legge e se è vero che l'iniziativa dell'organo pubblico

consente che nella lite il giudice conservi, comunque, una posizione di piena terzietà, non può trascurarsi che là dove la legittimazione del pubblico ministero concorre con quella dei privati, il fatto che l'iniziativa sia affidata al primo pur in relazione a posizioni giuridiche soggettive dei secondi, sembra porre in un cono d'ombra il diritto della parte di scegliere se e quando adire il giudice⁴⁰; in tale prospettiva risulta allora decisivo considerare che le materie nelle quali si vuole una concorrente legittimazione del pubblico ministero, oltre che essere fissate per legge, siano anche necessariamente rappresentative di situazioni nelle quali si agitano interessi pubblici o quanto meno superindividuali.

Assai più delicata è, invece, la previsione contenuta nell'art. 2907 c.c. a tenore della quale l'iniziativa può spettare anche al giudice sì che verrebbe violato il principio *nemo iudex sine actore*. Si ritiene, infatti, che il tratto qualificante della giurisdizione stia proprio nella estraneità del giudice rispetto alla lite, talché un giudice che promuove il giudizio e poi lo decide sembra porsi in aperto contrasto col paradigma costituzionale del giusto processo. Nel corso del tempo la maggior parte delle ipotesi in cui la legge ordinaria attribuiva al giudice l'iniziativa officiosa è stata rimossa e v'è da auspicare che non ne residui alcuna.

Si può, allora, concludere che il profilo privato sopravanza nettamente il profilo pubblico quando si tratta di stabilire se una controversia deve (o no) essere promossa, ma questa considerazione è persino naturale e ovvia (che interesse avrebbe lo Stato ad attivare una lite per ripristinare una servitù di veduta se nessuno si lamenta?).

Una volta che la lite è avviata e il processo è incardinato (... e lo Stato-apparato è stato scomodato), si vuole che la decisione che il giudice adotterà sia giusta? Anche qui la risposta è scontata: certamente si aspira alla giustizia della decisione. Ma quali strumenti vengono apprestati per conseguire questo risultato?

15. Anche a questo interrogativo si potrebbe facilmente rispondere: la decisione che sarà adottata è giusta perché resa al termine di un giusto processo, tale garantito dalla Costituzione. In verità la legge si limita a descrivere quali sono le condizioni, presenti le quali, il processo può essere definito "giusto". È, però, abbastanza intuitivo che un processo giusto non è garanzia di una decisione giusta.

Una dimostrazione abbastanza evidente del distacco fra decisione resa in modo conforme alla legge e decisione "giusta" la si avverte con riferimento a tutta quella serie di incognite sul percorso processuale che minano grandemente il principio per il quale il processo è strumento di attuazione del diritto⁴¹, elevando il processo e il suo risultato a diritto sostanziale⁴².

Prima di vedere se sia possibile coniugare l'uno con l'altra in termini di maggiore (se non necessaria) corrispondenza, è importante segnalare che una delle condizioni del giusto processo è la terzietà ed imparzialità del giudice. Si potrebbe fondatamente opporre che la neutralità del giudice è il connotato qualificante la giurisdizione, talché in presenza di un giudice non neutrale neppure potrebbe aversi esercizio della giurisdizione (e la conferma a livello di diritti dell'uomo su scala internazionale di principi analoghi, lo dimostra⁴³).

Per convenzione terzietà ed imparzialità del giudice sono termini che vogliono esprimere il distacco del giudice dalla lite (non avendo in alcun modo partecipato alla sua introduzione) e dalle parti (non avendo il giudice rapporti qualificati con loro).

Questo, però, non è sufficiente perché si vuole che il giudice abbia anche un approccio completamente libero e non influenzato da precedenti pre-cognizioni della controversia.

Certo, un giudice neutrale è una garanzia che la decisione sarà fondata soltanto sulla legge e sul suo apprezzamento e non sarà decisa in base a ragioni extra-processuali. Tuttavia va anche precisato che non è vero il contrario, in quanto il giudice può pronunciare una sentenza giusta anche quando avesse assunto un atteggiamento parziale.

Ed allora, l'esatta osservanza delle regole del processo e la corretta applicazione delle norme

di diritto sostanziale sono garanzia di una decisione giusta? Come nella teoria hobbesiana il rispetto del patto non è un valore in sé, così l'osservanza della legalità non è sinonimo di giustizia.

La storia del pensiero filosofico insegna che "Giustizia" è un termine di per sé polisemico⁴⁴ ed espressivo di relativismo, talché se vi sono così profonde incertezze sull'idea di giustizia, ancor più vi saranno sulla singola decisione.

Quindi l'osservanza delle regole non ci assicura che un processo approdi ad una decisione giusta. I fattori che influiscono sulla giustizia della decisione sono molteplici e spesso dipendono direttamente dal grado di approfondimento dell'accertamento dei fatti posti a base della domanda o delle eccezioni; tante altre volte dipendono dal fatto che una delle parti è incappata in una delle varie "insidie" disseminate lungo il sentiero del processo, esaltate talora da esasperate interpretazioni formalistiche⁴⁵.

Ci si trova, così, al cospetto di una divaricazione: lungo un binario scorre un processo e al suo esito il giudice pronuncia una sentenza tecnicamente ineccepibile ma lontana dalla verità (ma, forse, vicina al bisogno di un diverso valore, quello della certezza del diritto che è importante specie per le liti che investono i traffici commerciali e che più delle altre pretendono una decisione prevedibile⁴⁶); lungo l'altro binario scorre un processo che non ha visto un rispetto, davvero, ortodosso dei principi del giusto processo, e che tuttavia fa sfornare al giudice una decisione giusta e vicina alla verità. Verità del risultato del processo e certezza del diritto potrebbero persino rivelarsi valori confliggenti⁴⁷.

16. Il dilemma è grave. Un Ordinamento serio, consapevole della relatività del concetto di giustizia⁴⁸ (e dell'imperfezione della verità accertata nella sentenza⁴⁹) non può rinunciare alla configurazione di un processo giusto fornendo al giudice tutti e proprio tutti gli strumenti per rendere una decisione giusta, se si predica che "la verità e la giustizia sono le virtù principali delle attività umane"⁵⁰.

Altrove si è optato per un processo che risponde a logiche diverse con l'esaltazione del processo quale disputa dalla quale deve sortire un vincitore⁵¹ (anche se potrebbe essere un vincitore che sa far prevalere corretti e soprattutto ampi poteri di accertamento in fatto)⁵², mentre altre volte del processo si ha una raffigurazione meramente simbolica quale luogo di meri rituali.

Ma la giustizia intesa quale decisione che corrisponde alla più probabile verità è sempre il frutto di una condotta umana che non può essere etero guidata e che, se mai, è condizionata da stratificazioni normative spesso "a-valoriali"⁵³.

Tutto questo non significa che si debba abdicare al bisogno "naturale" di tendere ad una decisione giusta, purché ciò avvenga con strumenti democratici e controllabili.

Se prima si è detto del dominio del privato sul pubblico con riguardo alla introduzione della lite, altrettanto vale per il successivo dispiegarsi del processo?

Al principio dispositivo correlato alla proposizione della domanda giudiziale corrisponde il principio dispositivo in materia di prove nel senso che è la parte che fa valere in giudizio un certo diritto che è anche tenuta a formulare i mezzi di prova che ritenga adeguati a dimostrare l'esistenza del diritto leso o molestato. Sennonché in materia di prove il principio dispositivo è assai più attenuato in quanto vi sono, a seconda dei modelli processuali e delle materie, più o meno poteri di iniziativa officiosa il cui esercizio è assai dibattuto. Vi sono, infatti, coloro che reputano che l'attribuzione al giudice di poteri istruttori diffusi sia utile in funzione della ricerca della "verità materiale" ed altri i quali ritengono che anche l'esercizio dell'iniziativa probatoria possa minare il principio di terzietà e imparzialità del giudice. In particolare si pone la questione della sindacabilità dell'esercizio (o mancato esercizio) del potere officioso in funzione suppletiva dell'onere delle parti, tant'è che vengono talora proposti dei criteri

che possano giustificare il fatto che il giudice, sempre che il fatto da provare sia allegato dalle parti, decida di farvi ricorso senza che ciò suoni come indebita agevolazione dei difetti imputabili all'inerzia della parte.

Eccoci giunti al cuore del problema e del dilemma.

È innegabile che le questioni più comuni in tema di terzietà e imparzialità del giudice siano quelle che si ricollegano alle considerazioni svolte sino ad ora, ma le suggestioni più profonde che si agitano sul fronte della imparzialità affondano nel ruolo del giudice rispetto alle parti e al processo. Dobbiamo valutare se sull'imparzialità del giudice (e quindi, di rimando, con effetti sul giusto processo) possa influire il maggiore o minore potere di incidere sulle prove.

L'iniziativa probatoria del giudice può assumere un valore decisivo se pensiamo che la prova del fatto è la pre-condizione indefettibile perché poi si riesca a fare applicazione della norma di diritto invocata dall'attore che chiede tutela⁵⁴.

Ora non è revocabile in dubbio che la partecipazione del giudice alla formazione della prova, quando non è mera partecipazione passiva, è uno dei nervi scoperti della dottrina del processo civile: recenti polemiche ne sono una testimonianza precisa⁵⁵.

Non è peraltro necessario prendere una posizione decisa (fare cioè una netta scelta di campo) a favore di un giudice attivo o a favore di un giudice al traino della volontà delle parti, per poter cercare una soluzione che porti a rendere imparziale la discrezionalità del giudice. Come il giudice "passivo" può essere parziale (in quanto condizionato dalla sua ideologia o dai suoi preconcetti), allo stesso modo il giudice "attivo" può essere imparziale (in quanto indifferente alle parti ed interessato solo a rendere una decisione giusta). Ciò non toglie che quando l'esercizio di poteri discrezionali del giudice può direttamente influire *preventivamente* sull'esito della lite, una qualche attenzione verso il rispetto della garanzia di imparzialità sia onesto porsi⁵⁶. Infatti per larga parte della dottrina il dilemma fra gli stilemi del processo dispositivo e quelli del processo inquisitorio si riconduceva, in fondo, al problema dell'imparzialità del giudice⁵⁷.

La delicatezza della questione è evidente: ci si può acquietare di fronte ad una decisione presa nel rispetto di tutte le regole all'esito di un processo governato e condotto secondo i principi del giusto processo o si può e si deve pretendere che l'accertamento non sia estraneo alla verità dei fatti⁵⁸? E la questione si pone perché questi poteri officiosi ci sono e sono per nulla insignificanti; se mai si potrebbe dubitare della loro intrinseca efficacia perché manca la prova di come la testimonianza che, per come oggi viene assunta, è mezzo istruttorio assai poco attendibile⁵⁹, possa trasformarsi in migliore strumento di accertamento della verità solo perché disposta dal giudice.

Che piaccia oppure no, che si tratti di prodotti dell'*art déco*⁶⁰ o vessilli della ricerca della verità materiale, dobbiamo fare i conti col diritto positivo e il diritto positivo ci consegna un regime nel quale il giudice ha poteri di impulso probatorio officioso. Talora questi poteri sono riconosciuti nei processi che hanno ad oggetto situazioni di interesse superindividuale, talora sono poteri associati ad una presunta asimmetria fra le parti o a difetti di capacità (o situazioni di "minorità"), ma comunque li troviamo anche nel cd. contenzioso ordinario, e per effetto di successive stratificazioni oggi questi poteri sono alquanto numerosi⁶¹.

Se le domande le formulano solo le parti e se il potere di allegazione dei fatti (quanto meno quelli principali)⁶² spetta al monopolio delle parti, già sol per questo il problema delle prove officiose non è forse così grave come talune volte si dice⁶³; un sistema (integrativo) di prove officiose è ben altra cosa da un processo inquisitorio pur retto dal principio della domanda. Se la domanda è formulata solo dalla parte privata o dal P.M. e se anche i fatti sono allegati solo dalle parti, il giudice può al più affiancarsi alle parti nella raccolta del materiale probatorio, ma limitatamente alle circostanze che le parti hanno allegato⁶⁴. Mi pare che in questo senso vada una ricerca recente dove si è posto in luce, quanto meno per il processo ordinario di

cognizione, che il ruolo del giudice nella raccolta della prova non è mai sostitutivo del ruolo delle parti nella misura in cui escludiamo, per derivazione dal principio del divieto dell'uso della scienza privata da parte del giudice⁶⁵, che il giudice possa tramutarsi in investigatore andando alla ricerca di fatti nuovi sui quali, poi, innestare le prove officiose.

Ed allora la circostanza che al giudice siano affidati poteri di ricerca della prova su fatti allegati non attenta al principio dispositivo, ma come si dice, costituisce principalmente un fatto di tecnica processuale⁶⁶, ma non solo. Le parti quando si controbattono su diritti disponibili possono scegliere come regolare la crisi del loro rapporto, ma se optano per la devoluzione della lite innanzi al giudice accettano di assoggettarsi ad un sistema di regole in parte elastico⁶⁷ là dove si prevede la partecipazione del giudice⁶⁸, non come mero invitato di pietra incaricato solo di "*jus dicere*", ma quale co-protagonista. Non si perdono le tracce del processo dispositivo sol perché il giudice è coinvolto nell'istruttoria quando il muro invalicabile è costituito dal monopolio che le parti hanno in ordine alla richiesta di tutela e in ordine alla individuazione dei fatti che giustificano quella determinata richiesta.

17. Questo consente che le dispute ideologiche più profonde sulla idealità del processo (cioè l'interrogativo su quale sia lo scopo del processo⁶⁹) possano essere, qui, accantonate; se mai visto che la scelta del giudice di disporre una prova d'ufficio sembra riconducibile ad una scelta discrezionale, ove non ci si voglia accontentare della necessità della motivazione e del rispetto del principio del contraddittorio quale chiave di volta della legittimità dell'esercizio di poteri del giudice, può assumere un rilievo importante cercare di verificare se questa discrezionalità possa essere governata da qualche criterio obiettivo di orientamento.

Il terreno sul quale ci muoviamo non è del tutto privo di recinti perché nel nostro ordinamento vige il divieto di *non liquet* cui fa da sponda la regola di giudizio fondata sull'onere della prova⁷⁰.

Ogni qualvolta l'attore non ha fornito la prova del fatto costitutivo e il convenuto non ha fornito la prova di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo (e aggiungiamo che oggi la valutazione probatoria è condita per diritto positivo dal principio di non contestazione), il giudice può decidere la lite facendo ricorso, appunto, alla regola dell'onere della prova. Ma se questa è una regola di giudizio finale, prima di giungere all'*impasse* valutativa che si supera solo verificando come deve essere distribuito l'onere della prova nel caso specifico, il giudice può cercare di risolvere la lite attraverso il ricorso a mezzi di prova officiosi. Ma è proprio il verbo "*può*" che ci pone qualche problema.

Come accennato poc'anzi, le parti che hanno il monopolio delle domande e delle allegazioni hanno un potere concorrente con quello del giudice in materia di prove. Nella ricerca del punto di equilibrio fra poteri delle parti e poteri del giudice potremmo assumere che una volta individuata la *res litigiosa*, poiché le parti hanno deciso di rivolgersi al giudice hanno anche accettato che la prova dei fatti possa essere guidata anche dal giudice. Ciò che però occorre stabilire in funzione della garanzia delle parti è che l'uso dei poteri del giudice avvenga sulla base di regole. Infatti, disporre i mezzi di prova o non disporli può significare indirizzare la decisione della lite verso una o l'altra delle possibili soluzioni.

Sappiamo bene che l'intero sistema è infarcito di clausole generali anche dentro il processo, tali da lasciare al giudice ampia libertà di azione; si pensi al giudizio di rilevanza sulla prova costituenda. Pur tuttavia l'erronea valutazione sulla rilevanza di un mezzo di prova è sindacabile e può condurre alla revoca del provvedimento o alla sua riforma in sede di gravame. Quando invece al giudice viene attribuito un potere discrezionale e l'uso che se ne può fare non è censurabile, si può temere di correre il rischio di un difetto di imparzialità del giudice: se vuole "aiutare" una parte lo può fare, ma se non lo fa, nessuno se ne può dolere.

18. A questo punto o si cambia idea sulla insindacabilità, oppure si può cercare di obiettivizzare quell'uso di poteri discrezionali che possono spostare gli equilibri nel processo.

Una chiave di lettura dell'uso dei poteri istruttori officiosi si trova elargita in quelle enunciazioni che pongono in filiera taluni presupposti dati dall'essere il *fatto da provare regolarmente allegato*, dall'aver *la parte fatto tutto quanto era nelle sue possibilità per provare il fatto* ed infine dall'essere il mezzo officioso *indispensabile e potenzialmente risolutivo*.

Questa griglia è sicuramente utile ma non altrettanto decisiva nell'impostazione qui data e cioè quella di obiettivizzare la discrezionalità del giudice. Per due ordini di ragioni: mi chiedo, cioè, se non sia necessaria una operazione additiva nel fissare qualche ulteriore criterio di riferimento e al contempo se non sia possibile effettuare una sottrazione. A questo proposito, infatti, la griglia proposta è inadeguata a spiegare le ipotesi di mezzi di prova concorrenti. Se fosse vero che l'ingresso della prova officiosa presuppone sempre che la parte abbia fatto tutto il possibile per offrire la prova, mai potremmo spiegare la prova testimoniale officiosa, visto che si tratta di un mezzo di prova identico a quello che può essere introdotto ad iniziativa di parte. Il tema è alquanto delicato perché il potere del giudice sembra svincolato dallo svolgimento di una prova per testi sollecitata dalle parti.

In tale cornice, allora il presupposto di invocazione del potere sta nel fatto che il giudice dispone la prova testimoniale se la parte non l'ha autonomamente dedotta in quanto convinta di avere già, per altre forme, fornito la prova di quel fatto; una convinzione "oggettiva" nel senso che il giudice la riconosce ma la giudica insufficiente. Ed allora dovremmo correggere la formula "dall'aver *la parte fatto tutto quanto era nelle sue possibilità per provare il fatto*", aggiungendo "*nel momento in cui le prove erano deducibili prima di incorrere nelle decadenze*".

Ai tre requisiti legittimanti si dovrebbe aggiungere che il giudice nel disporre la prova deve sempre rispettare il *contraddittorio*, ma forse anche questo accorgimento, certo necessario, non è, anche, sufficiente.

Nella ricerca di un parametro obiettivizzante, il primo dato di diritto positivo da cui partire e che costituisce una conferma delle intuizioni già esposte, è costituito dalle norme che a proposito dei poteri istruttori officiosi evocano l'idea stessa dell'attività integrativa. Ne costituiscono un campione emblematico l'ispezione là dove si fa riferimento alla «indispensabilità»; non diversamente la consulenza tecnica d'ufficio dovrebbe logicamente presupporre l'esaurimento della prova sui fatti che il consulente deve conoscere. In modo ancor più emblematico e tale da essere adoperata come chiave di volta, la norma sulla quale val la pena di investigare è quella che descrive la praticabilità del giuramento suppletorio.

Il giuramento suppletorio è l'archetipo della prova officiosa in quanto soccorre proprio quando una parte ha fornito un frammento di prova (*semiplena probatio*), ma questa non tranquillizza abbastanza il giudice. È ben noto come il giuramento suppletorio sia considerato un mezzo di prova poco incline al rispetto del principio dispositivo e addirittura, secondo taluno, uno strumento di violazione del diritto di difesa e del principio di eguaglianza, quasi un moderno prodotto di Rabelais⁷¹.

Senza alcuna pretesa che non sia quella di selezionare un criterio per garantire alle parti l'imparzialità del giudice (perché in fondo di questo stiamo discutendo), credo che occorra provare a fare uno strappo alla tradizione. Tradizione domestica che vede quanto meno inconsueto che il tema della prova venga studiato sulla base di criteri scientifici e statistici. Al contrario il tema della prova è il terreno elettivo dove non albergano criteri giuridici⁷² e dove il principio del prudente apprezzamento del giudice sembra collocare il magistrato in un'aurea eterea là dove si può dire tutto e il contrario di tutto, nella diffusa convinzione che il giudizio di fatto spesso si presta alla insindacabilità successiva. È però non meno vero che la dottrina del processo abbia da tempo cercato di percorrere una strada che porti a rendere governato da criteri più razionali il procedimento di formazione della prova (da intendersi

come ammissione, espletamento e valutazione), posto che la prova è diretta ad accertare la verità⁷³ dei fatti (*recte*, delle allegazioni fattuali) che sono a fondamento delle richieste di tutela. Senza tornare sul dibattito che attiene, al fondo, allo scopo del processo, l'esistenza stessa del processo è funzionale alla resa di decisioni "giuste" e la giustizia della decisione non può essere avulsa dall'accertamento dei fatti; accertamento dei fatti che deve avvenire nel rispetto di talune regole, certo, ma in queste regole rientra anche l'affidamento al giudice di poteri istruttori.

Mi chiedo se sia proprio necessario lasciare al giudice una libera opzione per conformare questo comportamento al principio del libero convincimento, oppure se un criterio quantitativo non meriti di essere quanto meno considerato.

Proviamo ad acconsentire, intanto, che regola di giudizio sull'onere della prova e giuramento suppletorio (che utilizziamo qui come archetipo di un possibile metro di controllo dell'uso del potere officioso) non siano strumenti di definizione della lite interscambiabili. Direi, al contrario, che sono due modi alternativi di risoluzione della lite del tutto opposti; applicando la regola sull'onere della prova il giudice si acquieta di fronte alle prove raccolte e decide, mentre innervando il processo col giuramento suppletorio, aggiunge una prova ulteriore. Solo in questo secondo caso il giudice svolge una funzione integrativa diretta ad eliminare le oggettive aporie istruttorie, concorrendo ad accertare imparzialmente la verità delle allegazioni fattuali.

Pare evidente che il solco da colmare stia tutto qui: può il giudice optare per la regola indicata dall'art. 2697 c.c. o deve disporre mezzi di prova d'ufficio? E se deve disporli, come si concilia il potere-dovere con le formule puramente potestative che concernono l'uso di mezzi di prova officiosi che ritroviamo nel diritto positivo?

È inappuntabile l'affermazione per la quale «il giudice non può operare una parziale ed unilaterale sanatoria di determinate insufficienze probatorie imputabili a colpa od inerzia della parte in danno della controparte», ma deve farlo per osteggiare l'alternativa, altrimenti insuperabile dell'applicazione meccanicistica della regola dell'onere probatorio. Questa affermazione può essere pienamente condivisa, ma a mio modo di vedere la soluzione ancillare proposta, cioè quella di garantire un siffatto risultato con il controllo impugnatorio, mi pare insufficiente e comunque un *posterius* se prima non si riesce a sciogliere l'enigma sul potere-dovere.

Se si è d'accordo sul fatto che quelli che spettano al giudice sono poteri integrativi, di completamento della prova, occorre chiedersi se e quando questo potere si trasformi in dovere, partendo dalla diffusa convinzione che il giudice non deve andare in soccorso della parte, ma se mai in soccorso dell'accertamento della verità dei fatti allegati. Così impostato il discorso si è fatto un breve passo in avanti, nel senso che abbiamo individuato "in negativo" che il giudice non deve disporre una prova d'ufficio per sopperire ad una decadenza probatoria in cui sia incorsa una parte.

Dobbiamo però trovare le linee guida "in positivo". In particolare si tratta di vedere come governare il rapporto fra mancata dimostrazione del fatto (che può dipendere dalla mancata deduzione di prove, o dall'esito negativo della prova assunta), dimostrazione incompleta del fatto (che può derivare dall'essere la prova entrata nel processo ma in modo non soddisfacente) e dimostrazione del fatto (che è conseguenza di una prova "positiva" in ordine al verificarsi del fatto). Se abbiamo a che vedere con un fatto costitutivo, nel primo caso il giudice rigetta la domanda e nel terzo caso la accoglie, ma non sappiamo ancora cosa *può* fare, o cosa *deve* fare, se ci situiamo nella zona grigia.

Non credo vi sia spazio per la riproposizione di formule algebriche tali da ricondurre in termini di puri numeri, in forza di addizioni e sottrazioni, i risultati delle prove; non ce lo consente un sistema che fatte salve le prove legali si affida al principio del libero convincimento del giudice. Mi pare, invece, che far proprio un principio "quantitativo proporzionale" voglia

significare altro.

Il giudice all'esito del giudizio opera una valutazione complessa fondata sull'analisi di tutto il materiale raccolto e, dopo avere assemblato tutti i risultati probatori si forma un convincimento. Il problema si pone quando questo convincimento è incerto (sembra un ossimoro, ma non lo è perché il giudice è convinto della parzialità della prova), nel senso che il giudice si forma l'idea che la parte abbia fornito un frammento di prova, ma questo frammento non consente di ritenere provato il fatto.

In questo caso, mancando la prova del fatto, il giudice non potrebbe applicare la regola di diritto sostanziale invocata in quanto pregiudicata dal mancato raggiungimento della prova del fatto allegato che fondava la richiesta di tutela. Sappiamo, però, che la regola finale di giudizio basata sull'art. 2697 c.c., è una regola che al fondo vale come finzione per evitare il *non liquet*. E se l'ordinamento conosce strumenti per evitare l'applicazione di una regola meramente formale, è giusto che di questi strumenti si faccia corretto uso.

Queste affermazioni sono ancora troppo generiche. L'area grigia fra frammento minimale di prova e alta probabilità di prova conosce una scala intermedia quasi infinita, sì che v'è da chiedersi se un qualunque frammento di prova legittimi (o imponga) il ricorso ai poteri officiosi del giudice.

Quando la parte offre un segmento di prova che il giudice valuta non superiore al 50%, ci viene spontaneo affermare che quella prova è decisamente insufficiente. Se si supera questa soglia, allora, il discorso cambia ed allora se il giudice ritiene che la parte abbia fatto quanto possibile per fornire la prova del fatto senza però riuscirci, salvo raggiungere almeno il 50%, il giudice *deve* fare ricorso ai poteri che la legge gli attribuisce e ciò per cercare di appurare l'esistenza (o inesistenza) del fatto da cui dipende il diritto in contesa⁷⁴.

La discrezionalità pertanto non sta più nel poter scegliere se dare ingresso al mezzo di prova officioso, ma nel valutare se la prova raccolta è inferiore o superiore al 50%. Tale valutazione, però, non può essere omessa e ciò consente che la si sottoponga a controllo, sia nel corso del processo che nelle fasi di impugnazione.

Sul piano epistemologico è indubbio che la formula aritmetica si presta a manipolazioni da parte di quel giudice che volesse essere parziale nel dare ingresso a prove officiose. Ma se si condivide l'idea più generale che quello del giudice è un potere-dovere e che come tale è sindacabile, ecco allora che la formula quantitativa torna ad essere utile in quanto consente un più agevole sindacato di controllo da parte del giudice dell'impugnazione.

Una volta che si accerti che l'introdotta prova officiosa ha espresso un risultato insoddisfacente, torna di attualità l'applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

In sostanza quando il giudice avverte che una delle parti ha fornito una prova inadeguata ma sufficiente per aprire l'istruttoria officiosa deve scegliere dal catalogo delle prove officiose quella (o quelle) più coerenti con la fattispecie della causa, e ciò sempre che vi sia un mezzo di prova adatto. Questa soluzione ha un limite evidente, forse inaccettabile perché presenta un costo altissimo proprio in termini di *verità*.

Mentre nella maggior parte dei casi potrà capitare che il giudice non trovi un mezzo di prova idoneo per l'accertamento di un fatto fra quelli a sua disposizione in ragione della tipologia della lite, il campo di applicazione del giuramento suppletorio è vastissimo posto che le limitazioni sostanziali si riconducono a liti su diritti indisponibili, relative a fatti illeciti o attinenti a requisiti della prova scritta.

Se il giudice ha un potere-dovere, le quante volte si sprofondi nella zona grigia, il giudice dovrebbe fare sempre ricorso al giuramento suppletorio e cioè ad uno strumento che ai più pare odioso, quale frutto attuale delle antiche ordalie. Come uscire da questo *cul de sac*?

La risposta più semplice è quella di rinnegare la formula "potere-dovere", tornare alla discrezionalità pura e fare affidamento sulla professionalità del magistrato. È certo una soluzione possibile e per taluno auspicabile, ma che non mi pare davvero persuasiva perché

pur essa non è a “costo zero” in termini di *verità*, le quante volte il giudice abbia preferito abdicare al proprio potere.

La soluzione che ritengo di prediligere è quella più rozza dell’uso del giuramento suppletorio, ma un uso attenuato per effetto di una implementazione del controllo da parte del giudice dell’impugnazione. Mentre oggi non è sindacabile la decisione con la quale il magistrato ha omesso di disporre una prova officiosa, acconsentendo alla tesi del potere-dovere, al giudice dell’impugnazione, ovviamente se debitamente sollecitato, deve essere permesso operare un penetrante sindacato sulle ragioni che hanno condotto il giudice (“impugnato”) a disporre la prova, ivi compreso un sindacato sul giuramento suppletorio, così intenso da avvicinare, *quaod effectum*, il giuramento alla ben più tollerabile testimonianza giurata della parte.

In conclusione il giudice dispone la prova officiosa quando:

- 1) il fatto da provare è stato regolarmente allegato dalle parti o comunque risulta acquisito al processo (con esclusione della scienza privata del giudice);
- 2) la parte ha fatto tutto quanto era nelle sue possibilità per provare il fatto nel momento in cui le prove erano deducibili prima di incorrere nelle decadenze;
- 3) il mezzo officioso risulta indispensabile e potenzialmente risolutivo;
- 4) quando la parte ha fornito un frammento di prova tale da far ritenere che il fatto sia stato provato in misura superiore al 50%.

In presenza di queste circostanze il giudice:

- deve motivare in ordine a tutti i punti sopra descritti;
- deve consentire che le parti possano addurre prove nuove;
- deve individuare il mezzo di prova più coerente con la fattispecie concreta.

A sua volta il giudice dell’impugnazione deve poter controllare il legittimo esercizio del potere-dovere del giudice che ha disposto la prova.

Ricondotte in questi limiti, le attività del giudice, credo si possa concludere in modo più tranquillizzante sull’imparzialità del giudice.

Ed allora se il giudice opera secondo canoni di imparzialità non è errato pensare che la sua iniziativa possa concorrere ad accertare la verità, non già perché il giudice sia più “bravo” delle parti ma sol perché la sua iniziativa si addiziona a quella delle parti, pur se il risultato non è ovviamente assicurato.

Ecco che sul piano della prova forse il pubblico sopravanza il privato.

Conclusioni

Siamo partiti dalle parole di John Rawls e a quelle parole possiamo tornare. Quando di fronte ad un conflitto ci troviamo al cospetto di situazioni di asimmetria fra le parti; quando il conflitto produce effetti riflessi più estesi di quelli che coinvolgono le parti; quando si formano delle diseguaglianze è giusto che l’Ordinamento preveda meccanismi di riequilibrio e questi meccanismi possono sostanzialmente in una presenza attiva del “pubblico”.

Il “pubblico” non va demonizzato sul presupposto ideologico che sia sinonimo di inefficienza ma va adeguatamente responsabilizzato.

Il prendere la direzione dell’efficienza – e sacche di virtuoso esercizio della giurisdizione non sono assenti – dovrebbe, poi, consentire l’assolvimento anche del bisogno di verità (e forse, anche del bisogno della giustizia distributiva secondo la concezione aristotelica).

“No, o principe, tu non sei il nostro Dio Da Lui attendiamo la felicità; da te la difesa dei nostri diritti. Non benigno tu devi essere verso di noi: tu devi essere giusto”

Johann Gottlieb Fichte

(Endnotes)

- 1 Senza affondare i colpi al sistema economico dei Paesi industrializzati, con la *verve* degli anti-mercattisti (cfr., il recente saggio di JAMES, *Il capitalista egoista*, Torino, 2009), non vi è dubbio che la finanziarizzazione dell'economia abbia condotto a speculazioni di mercato che debbono essere guardate con estrema prudenza; questa è una delle ragioni per le quali, nel prosieguo della esposizione, si cercherà, costantemente, di dar voce alle esigenze di protezione dei soggetti coinvolti, in vista di reperire punti di equilibrio fra le esigenze del mercato e le esigenze di conservazione della legalità.
- 2 Pur senza essere, davvero, agli antipodi si vedano gli sviluppi del lontano dialogo fra i seguaci di Adam Smith e John Maynard Keynes in DASGUPTA, *La teoria economica da Smith a Keynes*, Bologna, 1999.
- 3 I concordati crescono del 76%, con un boom per quelli cc.dd. 'in bianco' introdotti dalla nuova legge di settore. Complessivamente le chiusure aziendali hanno accelerato di molto la loro corsa: nei primi tre mesi si contano circa 23mila imprese che hanno avviato una procedura di insolvenza o una liquidazione volontaria, in aumento del 7% rispetto allo stesso periodo del 2012.

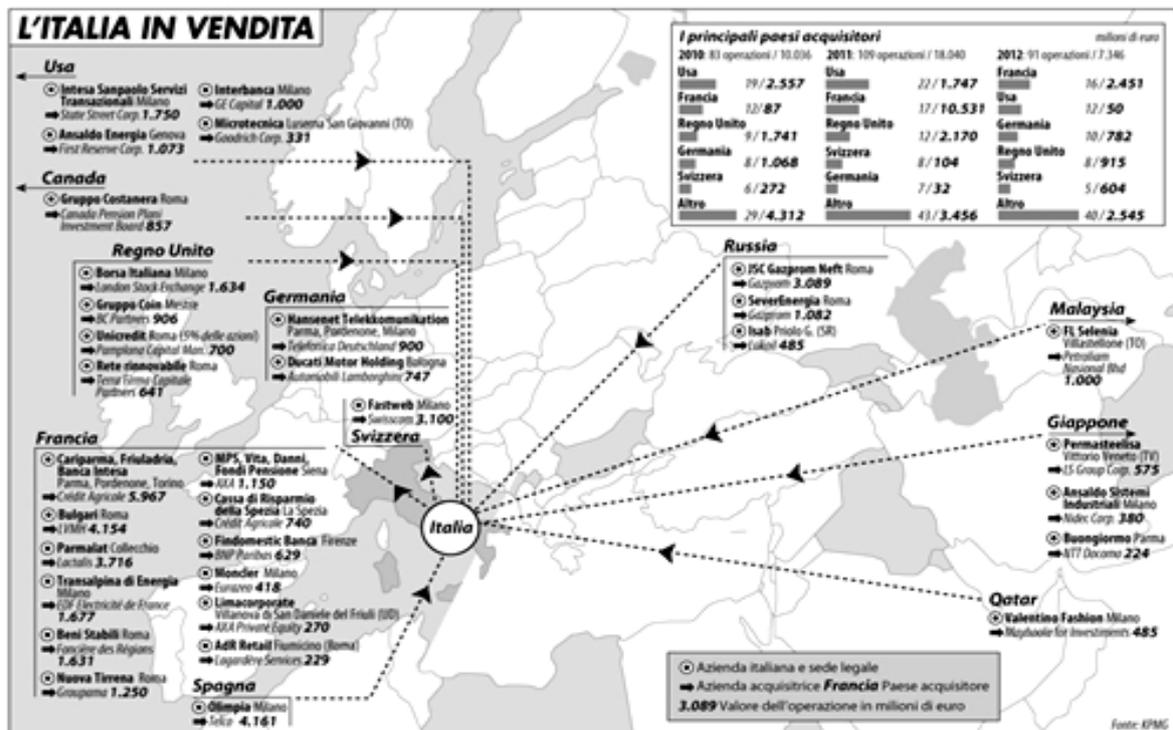
Il fenomeno più rilevante è però il forte incremento dei concordati preventivi, che fanno registrare un aumento del 76% su base annua, un boom che porta al 13% l'incremento delle procedure di insolvenza diverse dai fallimenti. "Un'analisi sui dati del Registro delle imprese - afferma lo studio - indica che all'origine di questo incremento vi sono le nuove norme con cui è stata riformata la disciplina fallimentare e, in particolare, l'introduzione del cosiddetto 'concordato in bianco'". La possibilità di presentare una domanda priva del piano di risanamento e di bloccare le azioni esecutive, anche con effetti retroattivi, è stata quindi molto apprezzata dalle aziende: tra l'entrata in vigore delle nuove norme, nel settembre 2012, e il 31 marzo scorso si stima che siano state presentate 2.700 istanze, oltre il doppio dei concordati tradizionali (quindi con piano di risanamento) presentati in tutto lo scorso anno.

I primi tre mesi del 2013 hanno segnato un cambio di tendenza dei fallimenti dal punto di vista territoriale: il Nord Est, in cui il numero di default era in diminuzione dalla metà del 2011, ha fatto registrare una forte impennata delle procedure, con un incremento di quasi un quarto rispetto al primo trimestre del 2012 (+24%). L'aumento dei fallimenti non risparmia comunque nessuna area del Paese: la corsa procede con tassi a due cifre nel Nord Ovest (+15%) e a ritmi leggermente inferiori nel Centro Italia (+9%), nel Sud e nelle Isole (+3%). (Fonte Cerved).

MICROSETTORE	Numero Fallimenti 2012	MICROSETTORE	Numero Fallimenti 2012
15 COSTRUZIONE DI EDIFICI	370	59 COMMERCIO AL DETTAGLIO DI GENERI VARI	64
17 INSTALLATORI	254	35 INDUSTRIE MACCHINARI INDUSTRIALI E COMPUTER	54
50 COMMERCIO INGROSSO BENI DUREVOLI	206	23 ABBIGLIAMENTO ED ALTRI PRODOTTI TESSILI	52
73 SERVIZI COMMERCIALI	195	57 ARREDAMENTO - ARTICOLI PER LA CASA	52
51 COMMERCIO INGROSSO BENI NON DUREVOLI	194	32 INDUSTRIA DELLA PIETRA E DEL VETRO	51
65 SETTORE IMMOBILIARE	152	27 INDUSTRIE TIPOGRAFICHE EDITORIALI	47
34 INDUSTRIA MANUFATTI IN METALLO	134	24 INDUSTRIE DEL LEGNO	46
42 TRASPORTI E SERVIZI MERCI SU GOMMA	131	20 INDUSTRIE ALIMENTARI	46
58 RISTORANTI - BAR	115	54 COMMERCIO AL DETTAGLIO GENERI ALIMENTARI	46
56 ABBIGLIAMENTO E ACCESSORI	87	72 SERVIZI PERSONALI	44

- 4 ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 364.
- 5 Il tema è quello dell'abuso del diritto, per vero coniugato in una dimensione assai lontana dall'archetipo risalente a RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205.
- 6 LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Riv.dir.civ.*, 2007, I, 727.
- 7 In fondo la legge dovrebbe esser cosa da giuristi, v. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003, 64, o forse più esattamente dovrebbero i giuristi tradurre in norme anche principi più generali senza esaltare le tecnicità, v. SEVERINO, *Capitalismo senza futuro*, Milano, 2012.
- 8 La Relazione del Guardasigilli al R.D. 267/1942, art. 3 prevedeva che «Gli interessi tutelati dal fallimento non possono essere ristretti, specie a seguito della riforma, nell'ambito della mera tutela delle ragioni del ceto creditorio; e, anche ove così fosse, questa tutela è da considerare "come un altissimo interesse pubblico"».
- 9 IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 2009, 1243. Sui complessi rapporti diritto/economia, v. Fra i tanti, v. le considerazioni classiche di CAFFÈ, *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 6, e quelle più recenti di MERUSI, *DIRITTO CONTRO ECONOMIA. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino, 2006, 1 ss.
- 10 CIOCCA, *Un diritto per l'economia?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 887.
- 11 MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv.società*, 2008, 652, mette in luce il dialogo difficile tra giuristi ed economisti e assume che il diritto non può non avere una posizione di supremazia quale espressione di democrazia.
- 12 Per i nostalgici del diritto come presupposto dell'economia, v. le considerazioni di CALOGERO, *Studi crociani*, in *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1960, 81, che enunciava come fosse l'economia che presuppone il diritto, non già il diritto che si risolve nell'economia; sullo stessa linea, IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 13.
- 13 GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 156.
- 14 Come avverte SCHLESINGER, *I mercati «neri»*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 187, si assiste ad un abuso del termine mercato, senza che a questo corrisponda una univoca nozione. Sulla polisemia del termine 'mercato', v., GIUSTI, *Fondamenti di diritto dell'economia*, Padova, 2007, 5.

- 15 BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur.comm.*, 2004, I, 183; SAPELLI, *Etica d'impresa e valori di giustizia*, Bologna, 2007.
- 16 Sull'idea di legalità, v. CALAMANDREI, *Diritto costituzionale: appunti sul concetto di legalità*, Firenze, 1944.
- 17 ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 26, osserva che nessun contrattualismo, anche il più equilibrato, può da solo governare i conflitti.
- 18 IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., 13, si esprime nel senso che la rozza invocazione di un mercato libero, come "mercato senza norme" (statali o comunitarie che siano), nasconde, sotto lo sproposito logico, l'interesse all'abolizione di date norme: interesse politico, poiché politico è sempre il conflitto intorno al contenuto delle norme. Lo stesso Autore (Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 67), precisa che una concezione naturalistica del mercato come 'luogo della libertà e spontaneità', è una visione utopica, perché il mercato va invece rappresentato come un regime normativo di relazioni economiche. Lo stesso SMITH, *Ricchezza delle nazioni* (1759), dimostra come lo Stato debba essere in grado di riprodurre le condizioni necessarie per l'esistenza del mercato stesso.
- 19 Sulla centralità dell'autonomia privata, cfr., D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 333.
- 20 Il tema della autonomia privata e dei limiti che ad essa si possono opporre e le ragioni per le quali, invece, questa autonomia dovrebbe essere ampliata, è un tema di grande respiro che non può essere neppure accennato, se non per rinviare ad alcune considerazioni – anche di opposto contenuto, con particolare riferimento ai rapporti fra autonomia privata e Costituzione – di SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 274; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 74; ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1995, 48; SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229; Su come la nozione di mercato sia stata accolta dall'Assemblea costituente v. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *La costituzione economica*, Atti del Convegno dell'associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 1997, 7 ss. Sul concetto di anomia, per tutti cfr., ORRÙ, *L'anomia come concetto morale: Jean-Marie Guyau ed Emile Durkheim*, in *Rassegna italiana di sociologia*, XXIV, n. 3, 1983, 429.
- 21 Il riferimento sembra esser quello di una nostalgia per la *lex mercatoria*, su cui vedi la voce enciclopedica di BONELL, *Lex mercatoria*, in *Digesto comm.*, IX, Torino, 1993, 11.
- 22 Ed infatti sulla necessità di non separare diritto e mercato e sul valore della 'giuridificazione' nel contesto del mercato, v. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 732.
- 23 IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 438; ma in senso dialettico (se non proprio opposto), v. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. società*, 1998, 1543.
- 24 TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 263.
- 25 Non a caso LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., 329, esaltava le virtù di quella amministrazione straordinaria nella quale il commissario straordinario aveva operato spesso senza rispettare le procedure formali.
- 26 Per l'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/1999.
- 27 Sul tema, per un quadro generale v., FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011, 541.
- 28 Sui limiti intrinseci della supplenza giudiziaria, BORK, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2004, 211.
- 29 ROSSI, *Il capitalismo malato non si cura in tribunale*, *Il Sole 24 ore*, 23.7.2013.
- 30 Il lemma, assai diffuso, esprime due concetti diversi, da un lato il "marchio" delle cose italiane, dall'altro il fatto che certe produzioni debbano saldamente rimanere nel nostro territorio.
- Da "Limes",



- 31 CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2008, 99 (supplemento al n. 3).
- 32 Argomento assai più diffuso all'estero, v. ANDREWS, *La « doppia elica » della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2010, 549.
- 33 Talora non è vero il contrario, nel senso che vi sono giurisdizioni senza stati, come accade per le corti internazionali, v. PICARDI, *Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione*, in *Riv.dir.proc.*, 2012, 1153.
- 34 CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1960 (rist.), 91.
- 35 Un conflitto antico e reso evidente da CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, I, 1930, 296.
- 36 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* (1748).
- 37 GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, 53.
- 38 Cfr. sul punto il dialogo fra PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 73 e CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997.
- 39 CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 303; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 66.
- 40 CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, 103.
- 41 PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv.trim.dir.e proc. civ.*, 2013, 1; GRASSO, *La dottrina del processo civile alla fine del secolo*, in *Riv.dir.civ.*, 1997, I, 385.
- 42 CAVALLINI, *Verso una giustizia « processuale »: il tradimento della « tradizione »*, in *Riv.dir.proc.*, 2013, 316.
- 43 SERIO, *L'imparzialità del giudice come condizione del giusto processo nell'esperienza comparatistica*, in *Giusto proc.civ.*, 2011, 1033.
- 44 DE PASCALE, *Giustizia*, Bologna, 2010,
- 45 Sulla differenza valoriale fra forma e formalismo, v. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, rist., 84.
- 46 WEBER, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma, 1993, 298.
- 47 Sugli intrecci fra verità e certezza, v. CIANFEROTTI, *Logica del processo, logica del giudizio e opinione pubblica*, in *Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 2009, 1450.
- 48 MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità << materiale >> o <<oggettiva>> nel processo civile*, in *Riv.dir.proc.*, 2009, 12, evoca il dubbio che non possa esistere una autonoma nozione di verità materiale e che la verità è quella che si accerta nel processo e solo quella. Tuttavia una nozione più coerente di verità relativa nel processo è quella che assume come vero un fatto in relazione alle potenzialità probatorie che in quel processo si sono effettivamente realizzate (v., TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 2012, 1131), col risultato che la decisione sarà proporzionalmente veritiere in relazione al maggiore o minore grado di limiti probatori che possono derivare o dal fatto che in quel processo si sono dispiegati mezzi di prova con effetto legale o dal fatto che le parti non siano state in grado di offrire un completo quadro dei fatti pur avendone la possibilità.
- 49 CHIARLONI, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv.dir.proc.*, 2013, 531.
- 50 RAWLS, *A theorie of justice*, 1971.
- 51 TARUFFO, *Il processo civile « adversary » nell'esperienza americana*, Padova, 1979, 51.
- 52 CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2010, 695.
- 53 IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.
- 54 TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig.civ.*, XIII, Torino, 1995, 66.
- 55 Si veda da un lato l'accesso dibattito sul pubblico/privato nel processo civile (cfr., *ex multis*, TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2009, 73; CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv.dir.proc.*, 2003, 455) e con i riflessi sul tema del processo come luogo ove accertare la verità materiale di un fatto o l'esistenza/inesistenza del diritto affermato (v., le contrapposte idee di MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità << materiale >> o <<oggettiva>> nel processo civile*, in *Riv.dir.proc.*, 2009, 11; ID., *Le idee confuse del prof. Taruffo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2009, 1139), ed ancora con riferimento alla attribuzione al giudice di poteri strumentali di direzione formale del procedimento (COMOGLIO, *Etica e tecnica del « giusto processo »*, Torino, 2004, 365).
- 56 Per gli opposti schieramenti, v., MONTELEONE, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1978, 189 e CHIARLONI, *La semplificazione dei procedimenti probatori*, in *Riv.dir.civ.*, 1989, I, 756.
- 57 LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv.dir.proc.*, 1960, 555 ss.; MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1978, 189 ss.
- 58 TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 99.
- 59 DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv.dir.proc.*, 2011, 108; MUSATTI, *Elementi di psicologia della testimonianza*, Milano, 1991, rist.
- 60 CAVALLONE, *Untardo prodotto dell'art déco (il «nuovo» art. 281 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 93.
- 61 COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 92.
- 62 CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, cit., 330 ss.
- 63 Giova qui ricordare il recente saggio con cui PICÓ JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia dell'erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv.dir.proc.*, 2007, 1497, ha dimostrato che la preoccupazione riassunta nel brocardo non era tanto quella di evitare che il giudice si rendesse attivo sulle prove, quanto quella di impedire che il giudice si formasse il proprio convincimento in base a conoscenze personali, non emergenti dagli atti e non sottoposte al contraddittorio delle parti.
- 64 LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2007, 308. Sulla assenza nei sistemi di *civil law* dei Paesi Occidentali, di processi di stampo inquisitorio, v., CARPI, *Cultura e processo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2009, 74; cfr., anche CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in *Riv.dir.proc.*, 2010, 13.
- 65 CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 861.
- 66 Sebbene con vari distinguo, cfr., CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 695; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, cit., 314 ss; ANDRIOLI, *Prova in genere*, in *Nuovo dig.it.*, Torino, 1939, 823
- 67 PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2011, 79 (supplemento al n. 1).

- 68 Queste considerazioni esprimono in sintesi la Relazione al codice del 1940 redatta da Calamandrei, §§ 12 e 13; v. appunto, CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Roma, 1942, 242 ss.
- 69 In verità poiché il processo ha per oggetto l'accertamento di un diritto soggettivo o di uno *status*, è difficile pensare che la funzione del processo sia altro dall'accertamento dell'esistenza o inesistenza del diritto; se mai il tema è quando si accerta il diritto se ciò avviene in base ad una prevalenza di regole del processo o in base ad una serie di regole ma anche di accertamenti di fatti il cui corretto e completo esercizio dovrebbe consentire che il diritto che viene accertato sia conforme a quello che si è sviluppato sul terreno del diritto sostanziale.
- 70 MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 177 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, 57 ss.
- 71 RABELAIS, *Pantagruel* (1532) e la decisione presa coi dadi : "quando ho ben veduto, riveduto, letto, riletto, ripassato e sfogliato le querele, citazioni, comparizioni, commissioni, informazioni, pregiudiziali, produzioni, allegazioni, interdetti, contraddetti, istanze, inchieste, repliche, duplicati, triplicati, scritture, biasimi, accuse, riserve, raccolte, confronti, contraddittori, libelli, documenti apostoloci, lettere reali, compulsazioni, declinazioni, anticipatorie, evocazioni, invii, rinvii, conclusioni, non luogo a procedere, accomodamenti, rilievi, confessioni, atti e altrettali amminicoli e droghe, da una parte e dall'altra, come deve fare il buon giudice, allora poso da una parte della tavola del mio gabinetto, tutti gl'incartamenti dell'imputato e getto i dadi per lui dandogli la precedenza della sorte".
- 72 Così TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, 665 ss.
- 73 Sia consentito accantonare la disputa su quale verità debba essere ricercata nel processo, cfr. solo per una rappresentazione dei temi fuori dalla dottrina processualistica, OPOCHER, voce *Giustizia (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 580 ss.; ABBAGNANO, voce *Verità*, in *Dizionario di filosofia*, Torino 1971, 913 ss.
- 74 Una sorta di meccanismo che evoca la formula della *preponderance of evidence* secondo TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1135.